This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

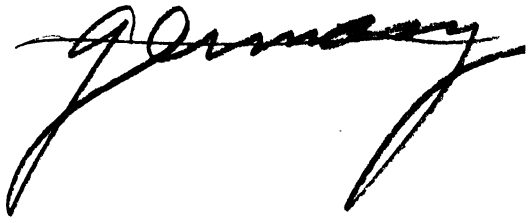
+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 097 746 481

EX LIBRIS
JOHN CHIPMAN GRAY



Weitere Beiträge

zur Bearbeitung

des

Römischen Rechts.

Von

Dr. Ch. G. Adolf v. Scheurl,
emeritiertem Professor der Rechte.

Zweites Heft:

Zur Lehre vom römischen Besitzrecht.

Erlangen,
Verlag von Andreas Deichert.
1886.

2nd copy

Zur Lehre

vom

römischen Besitzrecht.

Von

Dr. Ch. G. Adolf v. Scheurl,
emeritiertem Professor der Rechte.

Erlangen,
Verlag von Andreas Deichert.
1886.

For TX
S328

4/6/33

APR 6 1933

Unsere äußerliche Befreiung von der Herrschaft des römischen Rechts ist in vollem Gang. Zu wünschen wäre es aber, daß sie sich nur mit voller innerer Freiheit diesem Recht gegenüber vollzöge, und diese ist nur möglich bei erlangtem richtigem Verständnis desselben. Daß uns dieses für das Besitzrecht im ganzen wenigstens Savigny aufgeschlossen habe, wurde noch vor zwei Jahrzehnten ziemlich allgemein geglaubt; jetzt teilen diesen Glauben nur noch wenige. Selbst die Voraussetzung Savignys, daß es ein fertiges, in sich abgerundetes römisches Besitzrecht gebe, das uns in Justinians Rechtsbüchern vorliege, ist mehr und mehr Gegenstand des Widerspruchs geworden. Die folgende Abhandlung ist ein Versuch, zunächst diese Voraussetzung wieder zu befestigen, und dann von ihr aus das richtige Verständnis dieses römischen Besitzrechts zu fördern, vornehmlich auf Grund einer neuen unbefangenen, eindringenden Prüfung der Lehre Savignys und sorgfältiger Berücksichtigung der bedeutendsten Angriffe auf dieselbe, so wie der Versuche, sie unter teilweiser Berichtigung dagegen zu verteidigen und aufrecht zu erhalten. Wenn ich hoffen dürfte, daß mir mein Versuch einigermaßen gelungen wäre, würde ich glauben, damit nicht nur einem wissenschaftlichen, sondern auch einem praktischen Bedürfnisse der Gegenwart entgegengekommen zu sein.

Es schien mir dazu eine in gewissem Sinne vollständige Entwicklung der Lehre vom römischen Besitzrecht nötig, doch so, daß es mir gestattet wäre, einzelne Teile, wenn nicht ganz zu übergehen, so doch nur flüchtig zu berühren. Deshalb bezeichne ich meine Abhandlung nur als „Beiträge zur Lehre vom römischen Besitzrecht“. Vielleicht wird man es mir zum Vorwurf machen können, daß ich hier, wie in anderen Arbeiten, mich zu

wenig beflissen habe, ausdrücklich die Übereinstimmung meiner Ansichten mit denjenigen anderer Schriftsteller zu bemerken, und Ansichten, welche ich nicht für richtig halte, zu widerlegen. Ich bitte es mit meinem Bestreben zu entschuldigen, den Umfang meiner Abhandlung möglichst zu beschränken. Ich wünschte damit ihren Lesern unverhältnismäßigen Aufwand an Zeit und Mühe zu ersparen.

§. 1.

Der Besitz als natürliche Thatsache.

Der Besitz gehört unter die der Rechtssatzung gegebenen Begriffe, die sie nur gestalten, nicht umgestalten kann, die sie vorfindet und nicht die Macht hat, mit selbst erfundenen zu vertauschen. Er ist eine natürliche, stets von selbst, ohne das Zuthun des Rechts und auch nur zu oft in Widerspruch mit ihm sich bildende und immer wiederkehrende Thatsache, zu der sich das Recht nicht gleichgültig verhalten, aus der es aber auch nicht willkürlich etwas anderes machen kann, als was sie ist. Die Rechtssatzung kann, indem sie an den Besitz Rechtsfolgen knüpft, die Grenzen seines Begriffs verengern oder erweitern, aber nicht einen ganz andern Begriff unter der gleichen Benennung an seine Stelle setzen. Von der genauen Betrachtung des Besitzes als natürlicher Thatsache muß daher auch die Rechtslehre vom Besitz ausgehen, wenn es ihr um ein gründliches Verständnis des besonderen Besitzrechts zu thun ist, dessen Darstellung ihr obliegt.

So hat denn auch Savigny in seinem Buch über das Recht des Besitzes seiner Darstellung desselben, wie es sich im römischen Recht gestaltet hat, eine Betrachtung des Besitzes als natürlicher Thatsache zu Grunde gelegt, die er aber, wie mir scheint, zu wenig ausgeführt, und zu rasch mit einer Bestimmung des natürlichen Besitzbegriffs abgeschlossen hat, welche so, wie sie lautet, den Angriffen, die in neuerer Zeit, besonders von Ihering in seiner Abhandlung über den Grund des Besitzschutzes auf sie gemacht worden sind, nicht Stich zu halten vermag, wie auch die Anwendung, welche Savigny von ihr auf die Lehre von der Erwerbung und der Dauer des juristischen Besitzes machte, leicht nachweisliche Mißgriffe verursachte.

Savigny sagt im §. 1 seines Werks:

„Alle denken sich unter dem Besitz einer Sache den Zustand, in welchem nicht nur die eigene Einwirkung auf die Sache physisch möglich ist, sondern auch jede fremde Einwirkung verhindert werden kann."

Bei der Lehre vom Erwerb des Besitzes bestimmt er dann (§. 14) mit unwesentlicher Veränderung des Ausdrucks wieder den Begriff des Besitzes als „die physische Möglichkeit, auf die Sache unmittelbar zu wirken und jede fremde Wirkung auf sie auszuschließen."

Es soll damit gesagt werden, daß im Besitz immer zugleich ein bestimmtes Verhältnis des Besitzers zur Sache und ein bestimmtes Verhältnis desselben zu allen Andern in Beziehung auf die Sache enthalten sei; jedes dieser beiden Verhältnisse soll eine physische Möglichkeit sein, das eine, selbst auf die Sache einzuwirken, das andere, jede fremde Einwirkung auf sie zu verhindern oder auszuschließen.

Gewiß hat Savigny dies so gemeint, daß die physische Möglichkeit eigener Einwirkung auf die Sache so beschaffen sein muß, um zugleich physische Möglichkeit der Ausschließung fremder Einwirkung auf die Sache sein zu können. Es wäre leicht zu zeigen, daß das Verhältnis zwischen dem Besitzer und der Sache, wie es beim Besitz der allgemeinen Vorstellung nach immer stattfindet, sehr ungenügend bezeichnet würde, wenn man es eine bloße physische Möglichkeit, auf die Sache einzuwirken, nennen würde. Diese ist für uns vorhanden in Beziehung auf alle Sachen, die uns augenblicklich in einer gewissen Nähe umgeben, ohne daß es jemand einfallen wird, uns schon deshalb ihren Besitz zuzuschreiben. Es muß damit ohne Zweifel nach Savignys Meinung die andere physische Möglichkeit, jede fremde Einwirkung auf die Sache auszuschließen, unzertrennlich verbunden sein.

Ist dann aber damit nicht zu viel gesagt?

In der Anmerkung 1 zu §. 1 (in der 6. Aufl.) sagt Savigny, er habe den Ausdruck, der Besitz sei der Zustand, worin jede fremde Einwirkung auf die Sache verhindert werden kann, statt des früheren „worin jede fremde Einwirkung unmöglich ist" gewählt, um damit den Einwendungen zu entgehen,

daß mit der Unmöglichkeit fremder Einwirkung jede Verletzung des Besitzes unvereinbar wäre, und daß sie sich jedenfalls für die Fortsetzung des Besitzes nicht behaupten lasse. Bei dem jetzt gewählten Ausdruck bleibe der Erfolg der Abwehr fremder Einwirkung unentschieden, und es seien dabei verschiedene Grade der Verhinderungsmöglichkeit denkbar.

Nach dieser Erläuterung ist dann der fragliche Ausdruck so zu verstehen, daß zum Besitz einige, wenn auch nur sehr geringe physische Möglichkeit der Ausschließung fremder Einwirkung auf die Sache hinreicht, oder mit andern Worten, daß sie beim Besitz nur nicht ganz fehlen darf.

Dann ist freilich damit nicht zu viel gesagt; vielleicht kann dann eher gefragt werden, ob damit nicht zu wenig gesagt sei, zumal wenn damit zugleich die Beschaffenheit bestimmt werden soll, welche beim Besitz die physische Möglichkeit eigener Einwirkung auf die Sache haben müsse. Wir kommen zuletzt doch wohl auf die Notwendigkeit hinaus, Savignys Begriffsbestimmung uns so auszulegen, daß sie eigentlich sagen soll: der Besitz ist einige physische Möglichkeit eigner Einwirkung auf die Sache, verbunden mit einiger physischer Möglichkeit, fremde Einwirkungen auszuschließen. Das wäre aber gewiß eine sehr undeutliche und unbefriedigende Begriffsbestimmung.

Es kommt dazu noch folgendes:

Wenn wir uns genau besinnen, werden wir finden, daß wir beim Besitz hauptsächlich an die Möglichkeit eigener Einwirkung auf die Sache denken; schon deshalb scheint es nicht richtig, ihre Beschaffenheit nur mittelbar und stillschweigend dadurch zu bestimmen, daß sie mit einiger Möglichkeit der Verhinderung fremder Einwirkung verbunden sein müsse.

Ich meine, wir müssen so sagen: unter Besitz denken wir uns das Verhältnis einer Person zu einer Sache, vermöge dessen es ihr physisch möglich ist, auf die Sache zu beliebigen Zwecken und in beliebiger Wiederholung einzuwirken.

Durch diese Begriffsbestimmung des Besitzes ist dann beides zugleich ausgedrückt, die zum Besitz gehörende Möglichkeit eigener Einwirkung und die dazu gehörende Möglichkeit der Verhinderung fremder Einwirkung auf die Sache; denn wenn die

Einwirkung auf sie von einem subjektiven Belieben abhängen soll, so kann dies nur das Belieben einer einzigen Person, nicht mehrerer sein[1]), und die dem Besitzer mögliche beliebige Einwirkung auf die Sache muß ebenso ihre Verwendung zu eigenen Zwecken als die Verhinderung ihrer Verwendung zu fremden Zwecken zum Gegenstande haben; wer beliebig auf eine Sache einwirken kann, kann auch nach Bedürfnis und Ermessen Anstalten zu ihrer Bewahrung vor fremden Einwirkungen treffen.

Übrigens wird durch diese Begriffsbestimmung des Besitzes, wie durch die mittelst ihrer nur wie mir scheint verbesserte Savigny'sche, richtig bloß der Begriff des Besitzes als einer nach seiner Entstehung fortdauernden Zustandes, nicht als unmittelbaren Erzeugnisses seiner Entstehungsursache bestimmt.

Was aber der Besitz als schon bestehender, nur dann weiter fortdauernder Zustand ist, das ist die Nachwirkung des Vorgangs, wodurch die Sache zuerst in die dauerhafte Verbindung mit der bestimmten Person gebracht wird, welche wir uns unter dem Besitz vorstellen. Im Augenblick jenes Vorgangs darf jene Verbindung, wenn sie wahrer Besitz sein soll, keine bloße Möglichkeit, sondern muß sie volle Wirklichkeit persönlicher nachhaltiger Einwirkung auf die Sache sein. Der Besitz als solcher dauernder Zustand, wie er durch jene Begriffsbestimmung beschrieben wurde, kann nur hervorgehen aus einem Vorgang einmaliger wirklicher Einwirkung auf die Sache. Der Besitz kann nur die Wirkung einmaligen Besetzens, einmaliger wahrhafter Bewältigung der Sache sein; was weiterhin möglich bleiben soll, muß einmal, wenn auch nur für den Augenblick, zu voller Wirklichkeit geworden sein.

Ich kann auf alle die Sachen, mit welchen ich in einem geschlossenen Raume allein zusammen bin, augenblicklich beliebig einwirken; um aber eine derselben zu besitzen, muß ich erst einmal wirklich auf sie so eingewirkt haben, daß ich es auch fernerhin nach Belieben wiederholen kann. Ich kann auf eine begrenzte Bodenfläche, innerhalb welcher ich mich allein befinde, jetzt nach

1) Freilich kann es das Belieben mehrerer Personen dann sein, wenn diese gemeinsam eine Regel für den Umfang ihrer Einwirkung auf die Sache anerkennen; das ist aber als ein besonderer Ausnahmefall anzusehen.

Belieben einwirken; aber ich besitze sie erst, wenn ich mich darauf so festgesetzt habe, daß ich auch weiterhin beliebig auf sie einwirken kann. Der so entstandene Besitz kann dann auf Andere als bloße Möglichkeit der beliebigen Einwirkung übertragen werden; seine ursprüngliche Entstehung aber ist nicht ohne eine wirkliche und nachhaltige Einwirkung auf die Sache denkbar.

Hieraus erhellt auch, wie die Frage zu beantworten ist, ob zum Begriff des Besitzes als natürlicher Thatsache auch das Bewußtsein und der Wille gehöre, auf die Sache nach Belieben körperlich einwirken zu können?

Offenbar kann dieses Vermögen als bloße Möglichkeit für mich ohne mein Wissen und Wollen entstehen und bestehen. Aber zur Wirklichkeit kann sie nicht ohne mein Wissen und Wollen für mich werden. Muß sie nun, um dauernd fortzubestehen, einmal zur vollen Wirklichkeit geworden sein, so gehört zum Begriff des Besitzes Bewußtsein und Wille als Mittel seiner Entstehung. Das Ansichhaben des Kleides, in welches die Glieder eines Schlafenden gehüllt worden sind, wird zum Besitz desselben erst, wenn der Schlafende erwacht ist, es inne wird, daß er das Kleid anhat, und es anbehalten will. Er kommt in seinen Besitz erst dadurch, daß er es jetzt wirklich und absichtlich anbehält. Wäre es ihm noch im Schlafe wieder abgenommen worden, so hätte er dadurch keinen Besitzverlust erlitten, nicht nur nicht im rechtlichen, sondern auch nicht im natürlichen Sinne des Wortes.

Wichtige Folgen ergeben sich für das Wesen des Besitzes als dauernden Verhältnisses zwischen Person und Sache daraus, daß er als solcher die Wirkung des Vorgangs ist, wodurch die Sache in den Besitz der Person kommt. Es ist hiernach nicht notwendig, daß das einmal hergestellte Besitzverhältnis während seiner ganzen Dauer dem von uns gefundenen Begriff des Besitzes so vollkommen entspreche, wie es ihm bei seiner Entstehung entsprechen muß. Die Möglichkeit beliebiger körperlicher Einwirkung der Person auf die Sache, wie sie beim Ursprung des bestimmten Besitzverhältnisses erlangt sein muß, kann im Verlauf der Zeit bedeutende Abschwächungen erleiden, oder ihr sogar vorübergehend völlig fehlen, weil sie ja nach dem Begriff des Besitzes nicht die Möglichkeit einer ununterbrochenen, son-

dern nur einer beliebig zu wiederholenden körperlichen Einwirkung auf die Sache sein soll, und folglich ihre Abwesenheit jedenfalls während einer Zeit, in welcher der Besitzer gar nicht das Bedürfnis und also auch nicht den Willen hat, auf die Sache einzuwirken, ganz gleichgültig ist. Nur der Zustand bleibender Unmöglichkeit, auf die Sache körperlich einzuwirken, ist mit dem Begriff des Besitzes, welchem jeder einzelne konkrete Besitz entsprechen muß, unvereinbar. Ebenso aber ist es auch, insofern der Besitz ein Willensverhältnis der Person zur Sache ist, natürlich zu seiner Aufrechterhaltung nicht notwendig, daß der Besitzwille in fortwährender Thätigkeit verharre, kann er vielmehr gleichfalls, sowie das von ihm vorausgesetzte Bewußtsein zeitweise völlig fehlen, und ist also wieder nur das entschiedene Nichtwollen der Besitzfortsetzung oder das völlige Erloschensein des Besitzwillens (bei noch vorhandener Willensfähigkeit) mit dem Besitzbegriff schlechthin unverträglich [2]).

Fassen wir aber den Besitz als dauernde Verwirklichung des Besitzwillens ins Auge, so ergibt sich uns sofort die Möglichkeit eines mittelbaren, d. h. persönlich vermittelten Besitzes. Mein Wille, diese Sache zu besitzen, erscheint auch dann als verwirklicht, wenn ein Anderer die Sache mit dem Willen besitzt, durch die Bethätigung der für ihn bestehenden Möglichkeit, beliebig auf die Sache körperlich einzuwirken, fortwährend nur meinen Besitzwillen zur Ausführung zu bringen. Ich besitze dann die Sache durch ihn, so zu sagen in seiner Person, also mittelbar, aber wirklich. Und da dieser Andere die Sache zwar auch wirklich, ja sogar körperlich allein besitzt, aber in meinem Namen, so kann man dann sagen: ich bin der eigentliche Besitzer, er ist bloßer Inhaber, bloßer Besitzstellvertreter. Die Wirklichkeit, nicht etwa bloße Fiktion meines Besitzes der Sache beruht darauf, daß ich bei der erwähnten Voraussetzung fortwährend durch den Andern auf die Sache körperlich einwirken kann.

Die sehr richtige, nicht zuerst, aber mit besonderem Nachdruck und Erfolg von Ihering in der angeführten Schrift (na-

2) Sind die vorstehenden Ausführungen richtig, so werden sie den vortrefflichen Bemerkungen von Brinz gegen Bekker in der kritischen Vierteljahrsschrift Bd. XXIII S. 412 ff. zur Ergänzung und Bekräftigung dienen können.

mentlich S. 180 der 2. Aufl.) aufgestellte und geltend gemachte Bemerkung, „daß die Sicherheit des Besitzes keineswegs bloß auf dem physischen Moment, d. h. auf den zu seinem Schutz getroffenen Sicherungsmaßregeln, sondern ebensosehr auf dem moralischen oder rechtlichen Moment beruht, d. h. auf der durch den Rechtssinn oder das Gesetz begründeten Scheu vor der Verletzung fremder Rechte", hat zu dem jetzt, wie es scheint, sich mehr und mehr verbreitenden Irrtum geführt, es sei der Besitz überhaupt nicht als physische Herrschaft der Person über die Sache aufzufassen, während m. E. das richtige Verständnis der römischen Rechtslehre vom Besitz gerade durch strenges Festhalten an dieser Erkenntnis bedingt ist, daß die römische Jurisprudenz bei jener Rechtslehre in Übereinstimmung mit der unbefangenen allgemeinen Anschauung von dem Begriffe des Besitzes ausgeht, wornach sein Wesen in physischer Herrschaft der Person über die Sache besteht. [3]) Schon das Wort possessio, wie unser Wort Besitz gibt diesem Begriff unzweideutigen Ausdruck. Diese Worte selbst sagen es aus, daß das damit bezeichnete Verhältnis zwischen Person und Sache, wobei diese zunächst als eine begrenzte Bodenfläche vorgestellt wird, nur als die Wirkung eines Vorgangs gedacht werde, wodurch sich die Person auf der Bodenfläche niedergelassen, festen Fuß auf ihr gefaßt und so ihre physische Beherrschung sich möglich gemacht hat. Daß diese dann im Verlauf der Zeit, durch welche hin sich ihre Dauer erstreckt, hinsichtlich ihrer Sicherheit nicht von ununterbrochener Fortdauer des zu ihrer Entstehung erforderlich gewesenen physischen Verhältnisses zwischen der Person und der Sache abhängig ist, sondern daß dieses dafür mehr oder weniger durch moralische und rechtliche Momente ersetzt werden kann, hebt die Wahrheit, daß der Besitz seinem Wesen nach physische Herrschaft ist, keineswegs auf. Denn diese Wahrheit beruht ganz und gar darauf, daß die Sache nicht ohne physische Bewältigung durch eine Person in den Besitzzustand versetzt werden kann. Die Fortdauer der Wirkungen physischer Ursachen erfordert niemals eine fortwährende Thätigkeit dieser Ursachen; ein-

3) Ich erinnere hier nur an die Worte in L. 49 §. 2 de poss. „possessio non tantum corporis est". Heißt das nicht: es gehört zum Wesen des Besitzes, ein körperliches Verhältnis zu sein?

mal hervorgebracht setzen sie sich von selbst fort unter der Mitwirkung manchfacher Bedingungen anderer Art, und eben deshalb auch mit wechselnder, möglicherweise zuweilen auf eine äußerst niedrige Stufe herabsinkender Stärke, ohne dadurch ihre Identität einzubüßen, bis sie durch einen ihrer Entstehungsursache gerade entgegengesetzten Vorgang vernichtet werden. Die Verwundung, welche durch einen Schuß in einem Augenblick verursacht worden ist, nimmt als Zustand des verwundeten Menschen einen von dem schlechthinnigen Vergangensein jener Ursache ganz unabhängigen Verlauf, und seine Beschaffenheit bis zur Heilung der Wunde oder dem Tod des Verwundeten kann eine sehr wechselnde, und in diesem Wechsel auch sehr stark von geistigen Momenten beeinflußte sein, ohne daß es deshalb jemand einfallen wird, zu läugnen, daß dieser Zustand der Verwundung seinem Wesen nach vom Anfang bis zum Ende ein physischer Zustand sei. [4])

Daraus, daß der Besitz als Zustand eine sich selbst fortsetzende natürliche Wirkung des Aktes ist, wodurch zuerst das bestimmte Besitzverhältnis hergestellt wurde, ergibt sich auch die sehr bemerkenswerte, oben schon (S. 7) angedeutete, nun aber noch näher zu beleuchtende Folge, daß, was gewöhnlich geläugnet, oder doch nur für den Besitz, der ein Rechtsding (eine res juris) ist, angenommen wird, auch in den Besitz und zwar als rein natürliches Verhältnis eigentliche Succession denkbar ist. Es ist ein Irrtum, daß die Succession ein Rechtsbegriff und nur bei Rechtsverhältnissen denkbar sei.

Ich verstehe nämlich unter eigentlicher Succession, im Unterschied von der bloßen Nachfolge, denjenigen Eintritt einer Person in ein bestimmtes Verhältnis einer andern, wobei dieses nicht nur seinem Inhalt nach dasselbe bleibt, sondern auch fortfährt, Wirkung derselben Ursache zu sein und deshalb der Vormann in dem Verhältnisse Urheber (auctor) des bei dem Nachfolger fortdauernden Verhältnisses, oder eigentlich Urheber der Fortsetzung desselben durch den Nachfolger ist. Es ist mit einem Wort der Causalzusammenhang des Verhältnisses des

4) Nachdem obige Bemerkungen längst geschrieben waren, finde ich jetzt zu meiner Befriedigung ganz ähnliche in Strohals Schrift: „Succession in den Besitz“ S. 123 f.

Nachfolgers mit dem des Vorgängers, was die Nachfolge im Verhältnis zur eigentlichen Succession macht. Der Usucapient ist Nachfolger im Eigentum des Voreigentümers, aber nicht Successor desselben, weil zwar sein Eigentum denselben Inhalt hat, wie das seines Vorgängers, aber nichts weniger als Wirkung des Eigentumserwerbs ist, auf welchem das Eigentum des Vorgängers beruht, und dieser daher auch nichts weniger als Urheber des Eigentums des Usucapienten ist. Wenn dagegen der Käufer das Eigentum der Ware aus der Hand des Verkäufers, der sie erzeugt hatte, erwirbt, so ist er dessen Successor, weil sein Eigentum fortwährend zu seiner eigentlichen Ursache den ursprünglichen Erwerb des Verkäufers hat, und dann ihre Tradition durch diesen nur die Ursache seines Eintritts in dieses Eigentum ist, der Tradent Urheber dieses Eintritts.

Derselbe Unterschied findet beim Besitz statt: der Eintritt des Diebes in den Besitz des Bestohlenen und auch der des Erben in den Besitz des Erblassers ist bloße Nachfolge, weil er auf Vernichtung des vorigen Besitzes beruht [5]), dessen Entstehung deshalb nicht mehr Ursache des neuen Besitzes sein kann. Dagegen ist der Eintritt des Beschenkten in den Besitz des Schenkers, der ihm die Sache überliefert, Succession oder m. a. W. wahre Fortsetzung desselben Besitzes, welcher immer noch den Besitzerwerb des Schenkers zu seiner eigentlichen Ursache hat, während der Besitzerwerb des Beschenkten nur Ursache seines Eintritts in den unverändert fortdauernden Besitz ist; der Schenker ist Urheber des Besitzes des Schenknehmers.

Es beruht hierauf die natürliche, nicht etwa erst durch besondere Rechtssatzung bestimmte oder zu bestimmende Verschiedenheit der Erfordernisse des Besitzerwerbs, je nachdem er durch Tradition oder Occupation vermittelt werden soll.

§. 2.

Besitz und Eigentum.

Wenn der Besitz, wie wir sahen, seinem Begriff nach vollkommene und ausschließliche physische Herrschaft einer Person

5) Der Besitz nämlich wird durch den Tod des Besitzers vernichtet, während das Eigentum durch den Tod des Eigentümers nicht vernichtet

über eine Sache ist, so unterscheidet er sich vom Eigentum nur dadurch, daß eben das, was das Eigentum als Rechtsverhältnis ist, der Besitz als thatsächliches Verhältnis ist. Denn das Eigentum ist die vollkommene und ausschließliche rechtliche Herrschaft einer Person über eine Sache.

Hieraus ergibt sich zunächst, daß, da die Verwirklichung des Rechts in der genauen Übereinstimmung der thatsächlichen Verhältnisse mit den rechtlichen besteht, zur Verwirklichung des Eigentums die bleibende Verbindung des Besitzes mit demselben in einer und derselben Person gehört, also der Eigentümer einer Sache auch immer ihr Besitzer sein soll, und der Besitz einer Sache nur dann berechtigt ist, wenn der Besitzer sie als Eigentümer oder im Namen des Eigentümers besitzt.

Freilich ist gleichwohl der Bestand des Eigentums von seiner Verbindung mit dem Besitz unabhängig, weil überhaupt das Dasein des Rechts von seiner Verwirklichung unabhängig ist, und ist auch der Besitz dem Eigentümer insofern entbehrlich, als ihm durch die Rechtsordnung beständig die Hülfeleistung von Organen des Staates zur Erlangung oder Wiedererlangung des ihm fehlenden Besitzes [1]) auf sein Begehren gesichert ist. Aber relativ unentbehrlich ist doch der Besitz für den Eigentümer insofern, als er das notwendige Mittel dafür ist, daß er sich seines Eigentums zu seiner Befriedigung durch körperliche Behandlung der Sache bedienen könne. Was er als Eigentümer hauptsächlich thun darf, nämlich eben dies, die Sache unmittelbar zur Befriedigung seiner Bedürfnisse beliebig verwenden, und sie vor fremden Eingriffen durch eigene Thätigkeit bewahren, das kann er nur thun, wenn er die Sache besitzt. [2]) Er kann seinen Acker nicht bebauen, sein Pferd nicht reiten oder anspannen, er kann auch Andere nicht hindern,

---

wird, weil es vom Besitz unabhängig ist, und deshalb keine wirkliche Person zum Träger haben muß, sondern als zur ruhenden Erbschaft gehörig fortbestehen kann.

1) Freilich nach dem älteren römischen Recht eigentlich nur zur Erlangung des Geldwerts der Sache.

2) Insofern ist es richtig, wenn Pininsky in seinem Werk: der Thatbestand des Besitzerwerbs S. 29 den Besitz als „wirtschaftliche Verbindung“ der Sache mit der Person aufgefaßt wissen will.

daß sie dies thun, wenn er den Acker oder das Pferd nicht in eigener Person oder durch einen Andern besitzt.

Hieraus folgt *erstens*: es ist immer das Eigentumsrecht dadurch verletzt, daß die Sache ohne einen besondern Berechtigungsgrund im Besitz eines Andern ist, und ebenso dadurch, daß ein Anderer ohne einen besondern Berechtigungsgrund den besitzenden Eigentümer in seinem Besitz der Sache stört, und es haben thatsächliche Verletzungen des Eigentumsrechts in der Regel den Besitz des Eigentümers zu ihrem nächsten Gegenstand. Daß aber gegen jeden Dritten, welcher durch Vorenthaltung oder Störung des Besitzes dem Eigentümer gegenüber dessen Eigentum verletzt, die rei vindicatio oder die Negatorienklage angestellt werden kann, ist nicht eine Rechtswirkung des Besitzes, sondern des Eigentums.

Zweitens folgt aus jener relativen Unentbehrlichkeit des Besitzes für den Eigentümer derselben dieses: es ist die natürlichste Art des Eigentumserwerbs, daß er durch die Erlangung des Besitzes vermittelt werde, und es läßt sich sogar der *ursprüngliche* (originäre) Eigentumserwerb kaum ohne diese Vermittlung als möglich vorstellen.[3]) Es kann nur deshalb das Recht den Übergang des Eigentums ohne Übergang des Besitzes unter gewissen Voraussetzungen für möglich erklären, weil der Besitz in der oben gedachten Art für den Eigentümer verhältnismäßig entbehrlich ist. Natürlich aber ist es nicht, daß das Eigentum in diesem ohnmächtigen Zustande entstehe, in dem es sich befindet, wenn es vom Besitze getrennt ist. Das Recht muß wenigstens, wenn es durch willkürliche Satzung Erwerbsarten des Eigentums einführt, bei welchen es ohne den Besitz erworben wird, durch Vorschriften über die *Form* dafür Sorge tragen, daß der Erwerb leicht bewiesen werden kann, weil dieser Beweis die Bedingung ist, unter welcher allein richterliche Hülfe zur Verschaffung oder Wiedererlangung des Besitzes durch Anstellung der rei vindicatio erlangt werden kann.

In Ermangelung besonderer Rechtsvorschriften über Formen

---

3) Dominium rerum ex naturali possessione coepisse Nerva filius ait, ejusque rei vestigium remanere in his, quae terra mari coeloque capiuntur: nam haec protinus eorum fiunt, qui primi possessionem eorum adprehenderint L. 1 §. 1 de poss.

des Eigentumserwerbs bewirkt daher immer der Besitzerwerb, wo dadurch nicht einem fremden berechtigten Willen zuwidergehandelt wird, sofort Eigentumserwerb, sofern nur der Wille, der dadurch verwirklicht wird, der einer als rechtsfähig anerkannten Person, und die Sache, welche er zum Gegenstand hat, als mögliches Objekt des Eigentums vom Rechte anerkannt ist. Die hiedurch gegebene Berechtigung des Aneignungswillens ist die Ursache, daß die so erlangte thatsächliche Herrschaft über die Sache sofort zur rechtlichen, d. h. also zum Eigentum wird. Wenn Savigny den Eigentumserwerb durch Occupation und Tradition nicht als Besitzwirkung anerkennen will, weil dies nicht eine Wirkung des Besitzes als dauernden Zustandes sei, so beruht dies nur darauf, daß er unter einem dauernden Zustand ausschließlich einen solchen versteht, der bereits eine Dauer hinter sich hat; in Wahrheit ist aber auch der augenblickliche Besitz ein „dauernder", weil es für diese Eigenschaft eines Zustandes nur darauf ankommt, daß er auf die Dauer angelegt, daß er seinem Wesen nach dauernd und sein sofortiges Wiederaufhören, wo ein solches erfolgt, nur zufällig ist.

Der Eigentumserwerb durch Occupation und Tradition ist in der That Wirkung des Besitzes; es stehen dabei Besitz und Eigentum, obschon sie gleichzeitig erworben werden, doch zu einander in dem Verhältnis von Grund und Folge, Ursache und Wirkung: der Besitz ist der Grund oder die Ursache, das Eigentum die Folge oder die Wirkung. Nur ist freilich der Besitz dabei bloß Mitursache des Eigentums neben der Berechtigung des Aneignungswillens; beide miteinander bewirken das Eigentumsrecht.

Eben deshalb aber hat Savigny darin vollkommen recht, daß diese Wirkung des Besitzes nicht zu denjenigen gehört, vermöge welcher derselbe im römischen Recht als ein selbständiges Rechtsverhältnis erscheint; denn indem er jene Wirkung äußert, geht er sofort in das Eigentum über, und erscheint er nun bei seiner Fortdauer als Folge desselben.

Als Verwirklichung des Eigentums ist aber der Besitz auch Erscheinung des Eigentums, d. h. es gewinnt in ihm das Eigentum des Besitzers, wenn dieser Eigentümer der Sache ist,

sichtbare Gestalt, während es an sich als ein ideales Verhältnis der Person zur Sache unsichtbar ist.[4])

Der Erwerb des Eigentums kann freilich, auch ohne daß er durch Besitzerlangung vor sich geht, durch die Form, in welcher er zum Vollzug kommt, so z. B. durch die Form der Mancipiation oder in jure cessio, ein für Andere sichtbarer Akt werden. Aber das Dasein des Eigentums ist unsichtbar, so lange es nicht im Besitz eine sichtbare Gestalt annimmt, und es wird wieder unsichtbar, wenn der damit verbunden gewesene Besitz dem Eigentümer verloren geht. Wer den vom Eigentum getrennten Besitz einer Sache hat, scheint Eigentümer zu sein, weil er sie besitzt. Der Besitz als solcher ist immer (entweder echte oder unechte, trügerische) Erscheinung des Eigentums, sofern er uns nicht sich selbst als unechter Besitz, d. h. als ein nur in fremdem Namen gehegter Besitz darstellt; der echte Besitz ist immer Erscheinung des Eigentums, weil er eben dasjenige Verhältnis der Person zur Sache wirklich ist, in welchem der Eigentümer als solcher sich zur Sache von Rechtswegen stets befinden soll. Und vorzugsweise ist der Besitz Erscheinung des Eigentums in seiner Bethätigung durch den fortwährenden Gebrauch, welchen der Besitzer einer Sache von ihr für seine Zwecke macht. Daß er regelmäßig sich im Gebrauch der Sache bethätigt, ist der Grund des altrömischen Sprachgebrauchs, welcher das Wort usus als Bezeichnung des Besitzes verwendet. Es ist dabei aber nicht der Gebrauch oder die Ausübung des Eigentumsrechts, sondern der Gebrauch seines Gegenstandes gemeint. Wenn man den Besitz, wie es auch Savigny zuweilen gethan hat, als Ausübung des Eigentums bezeichnet, so ist dies in doppelter Richtung ungenau, weil er fürs erste als dauernder Zustand doch in Wahrheit nur die thatsächliche Möglichkeit der Ausübung des Eigentums ist, wovon der Eigentümer auch während der ganzen Dauer seines Eigentumsrechts unterlassen kann, Gebrauch zu machen, und weil zweitens die Ausübung des Eigentums auch durch rein juristische Handlungen vor sich gehen kann, in welchen keine Bethätigung des Besitzes enthalten ist.

4) Insofern bezeichnet Ihering mit Recht den Besitz als die Thatsächlichkeit oder Sichtbarkeit des Eigentums.

Ebensowenig ist es ganz zutreffend, wenn Windscheid den Besitz das „Abbild“ des Eigentums nennt. Denn wenn er mit dem Eigentum verbunden ist, wie er es immer sein sollte, ist er nicht bloßes Abbild desselben (sowenig als der Körper des Menschen bloßes Abbild des Menschen ist), er ist vielmehr, wie wir oben sagten, die sichtbare Gestalt des Eigentums.[5])

Freilich aber kann ein Besitz weder als Erscheinung noch auch nur als Schein des Eigentums angesehen werden, wenn entweder die Person des Besitzers, oder die besessene Sache (jene aktiv, diese passiv) eigentumsunfähig ist, oder endlich der Besitzer die Sache nur in fremdem, nicht in eigenem Namen haben will. Denn in jedem dieser Fälle ist es undenkbar, daß in ihm Eigentumsrecht des Besitzers sichtbare Gestalt angenommen habe; im letzten Falle kann der Besitz nur als Erscheinung des Eigentumsrechts desjenigen angesehen werden, in dessen Namen der Inhaber die Sache besitzt, vorausgesetzt, daß jenem die Eigentumsfähigkeit zukommt. Man kann etwa den Besitz, der entweder wirkliche Erscheinung des Eigentums des Besitzers, oder doch Schein desselben ist, echten Besitz oder Besitz im engern Sinn des Worts nennen; dieser echte oder eigentliche Besitz hat dann die drei Erfordernisse, Besitz einer eigentumsfähigen Person, Besitz einer eigentumsfähigen Sache und Besitz in eigenem Namen zu sein.

Solcher Besitz aber ist auch immer wenigstens scheinbares Eigentum und folglich seine Entziehung, Vorenthaltung oder Störung immer wenigstens scheinbare Eigentumsverletzung dem Besitzer gegenüber. Eine Rechtsvermutung jedoch dafür, daß der Besitzer Eigentümer, und daß die Antastung seines Besitzes Eigentumsverletzung sei, kann auch auf die Wahrnehmung eines solchen Besitzes nicht gegründet werden, weil die Wahrscheinlichkeit, daß sein Subjekt Eigentümer der Sache sei, nicht größer ist, als die Möglichkeit des Gegenteils. Immerhin aber kann gerade diese Eigenschaft des echten Besitzes, wenigstens scheinbares Eigentum zu sein, der Rechtssatzung den Anlaß dazu bieten, aus besonderen Gründen demselben bedingt oder unbe-

5) Man könnte eher das Eigentum das Abbild oder die rechtliche Nachbildung des Besitzes nennen. „Dominium rerum a possessione naturali coepit.“

dingt gewisse berechtigende Wirkungen beizulegen, und ihn damit als selbständiges Rechtsverhältnis, oder wie wir jetzt zu sagen pflegen, als juristischen Besitz zu behandeln.

So haben wir uns durch genaue Betrachtung der Beziehungen des Besitzes zum Eigentum den Weg gebahnt zur Untersuchung des dem juristischen Besitz zukommenden Wesens.

§. 3.

Juristischer Besitz (Possessio κ. ἐ.)

Savigny stellt zwei Begriffe des juristischen Besitzes (nach römischem Recht) neben einander, den formellen und den materiellen, und versteht darunter zwei Arten der Bestimmung seines Begriffs, die formelle, welche die Rechte anzugeben habe, die den Besitz als Bedingung voraussetzen; und die materielle, welche die Bedingungen aufzuzählen habe, die das römische Recht für das Dasein des Besitzes selbst vorschreibe. Von jener glaubt er ausgehen zu müssen, weil durch dieselbe der Besitz allererst Realität für die Rechtswissenschaft erhalten könne.

Dies glaube ich deshalb bestreiten zu müssen, weil, wie ich gezeigt zu haben meine, der Besitz nicht erst dadurch rechtliche Bedeutung gewinnt, daß er Bedingung gewisser Rechte wird, sondern allezeit schon vermöge seiner sich immer gleich bleibenden und von jeder besonderen Rechtssatzung unabhängigen Beziehungen zum Eigentum eine große rechtliche Bedeutung hat, weshalb m. E. der für das Eigentnm relativ unentbehrliche und als Erscheinung des Eigentums oder doch als scheinbares Eigentum sich darstellende Besitz auch dann für die Rechtswissenschaft Realität hätte, wenn es weder eine Ersitzung, noch einen richterlichen Schutz des Besitzes gäbe, wie dies ja sicherlich in einem einzelnen positiven Rechte wenigstens auf einer bestimmten Stufe seiner Entwicklung sehr wohl der Fall sein könnte.

Auch ist es doch, dünkt mich, sehr wahrscheinlich, daß jedenfalls schon vor Einführung der possessorischen Interdikte sich ein bestimmter Begriff desjenigen Besitzes gebildet habe, dem vorzugsweise die Bezeichnung possessio zukomme, ehe diesem Besitz durch jene Interdikte ein eigentümlicher Rechtsschutz gewährt wurde; es scheint mir selbst die Entwicklung der Usucapion

gar nicht denkbar ohne die Grundlage eines, wenn auch von niemand formulierten, so doch Allen innerlich gegenwärtigen engeren Besitzbegriffs.

Demnach scheint es mir richtiger, den Begriff des juristischen Besitzes (nach römischem Recht) erst materiell und dann im Anschluß daran formell zu bestimmen.

Und hierbei muß, glaube ich, von dem Gedanken ausgegangen werden, daß der regelrechte Zustand der des Beisammenseins von Besitz und Eigentum ist, so daß man zunächst nach der Beschaffenheit des mit dem Eigentum verbundenen Besitzes fragt, und diesen Besitz so zu sagen als das Urbild des juristischen Besitzes betrachtet.

Dieser Besitz muß aber augenscheinlich neben demjenigen des Besitzes als natürlicher Thatsache die besonderen Merkmale haben, Besitz einer Person, welche eigener Privatrechte fähig ist, ferner einer Sache, welche Objekt von Privatrechten sein kann, und endlich Besitz mit dem Willen sein, die thatsächliche Herrschaft über die Sache für sich, nicht für einen Andern zu haben, und zu behalten, oder m. a. W. Besitz in eigenem, nicht in fremdem Namen, also mit selbständigem Besitzwillen zu sein.

Freilich hat der Besitz des Eigentümers noch andere Merkmale daneben, nämlich das Merkmal Besitz ex justa causa, und als Besitz des sich seines Eigentums bewußten Eigentümers bonae (ich möchte sagen: optimae) fidei possessio zu sein. Von diesen Merkmalen kann die Rechtssatzung, indem sie dem Besitz als solchem besondere berechtigende Wirkungen beilegt, mehr oder weniger absehen; aber es ist, wenn nicht notwendig, so doch natürlich, daß sie dabei an jenen drei besondern Merkmalen, die der Besitz des Eigentümers haben muß, festhält.

Und in der That finden wir nun, daß das römische Recht bei der Ersitzung und bei dem Interdiktenschutz wenigstens jene drei besonderen Merkmale des Besitzes voraussetzt, und nur den diese Merkmale in sich vereinigenden Besitz possessio nennt, mit Unterscheidung desselben von dem bloßen in possessione esse, tenere, naturaliter possidere.

Dieses ist also die materielle Bestimmung des juristischen Besitzes nach römischem Recht.

Daran knüpft sich dann seine formelle Begriffsbestimmung

an: juriſtiſcher Beſitz nach römiſchem Recht iſt der, welcher bei den Eigentumserwerbsarten der Occupation und Tradition ſofortigen Eigentumserwerb, welcher unter beſonderen Vorausſetzungen die Erſitzung, und welcher ſchlechthin den Anſpruch auf die interdicta retinendae und recuperandae possessionis bewirkt.

Eine eigentümliche Schwierigkeit entſteht bei der materiellen Beſtimmung des Begriffs der possessio daraus, daß dieſe Bezeichnung in einigen Fällen auch für ſolchen Beſitz gebraucht und folgeweiſe demſelben der Anſpruch auf jene poſſeſſoriſchen Interdikte eingeräumt wird, welchem das Merkmal, Beſitz in eigenem Namen zu ſein, dem Anſchein nach, ja, wie ſogleich hinzugefügt werden mag, bis zu einem gewiſſen Grade unſtreitig auch wirklich, fehlt.

Dieſe Schwierigkeit iſt für Savigny dadurch noch erhöht worden, daß er dem für den juriſtiſchen Beſitz charakteriſchen Beſitzwillen den Namen animus domini geben zu ſollen glaubte, und hat ihn deshalb dazu beſtimmt, dieſe possessio als eine völlig anomale zu betrachten, die nur ſo erklärt werden könne, daß ſie als ein aus fremder urſprünglicher possessio „abgeleiteter" Beſitz betrachtet werde, von welcher Auffaſſung derſelben ſich jedoch in den Quellen keine Spur findet.

Es ſoll eine genauere Beſprechung des ſ. g. abgeleiteten Beſitzes einſtweilen vorbehalten, und jetzt nur auf die jedenfalls hierher gehörige Frage eingegangen werden, ob die Benennung des den juriſtiſchen Beſitz kennzeichnenden Beſitzwillens als animus domini zu billigen oder zu beanſtanden ſei.

Savigny hat bekanntlich dieſen Kunſtausdruck dadurch geſchaffen, daß er mit animus domini die Worte ψυχῃ δεσπόζοντος überſetzt hat, welche Theophilus an einigen Stellen zur Bezeichnung des die possessio von der detentio unterſcheidenden Beſitzwillens gebraucht. Iſt ſchon dieſe Überſetzung ungenau, — denn die genaue wäre, wie richtig bemerkt worden iſt: animus dominantis — ſo iſt überdies der Ausdruck animus domini deshalb bedenklich, weil er faſt unvermeidlich die Vorſtellung erweckt, als ob damit der Wille, Eigentümer zu ſein oder doch als Eigentümer zu gelten gemeint werde, während er doch einen Beſitzwillen bezeichnen ſoll, wie ihn auch der Dieb hat, der aber offenbar ausſchließlich auf die thatſächliche

Herrschaft über die Sache gerichtet ist, und keinerlei rechtliche Beziehung zur Sache betrifft; gerade vom Eigentumsrecht will der Dieb, kann man sagen, schlechterdings nichts wissen: er will, daß es kein Eigentumsrecht gebe.

Wie leicht der Wortlaut dieses Namens für den den juristischen Besitz charakterisierenden Willen irre führen kann, hat Savigny, ohne es zu bemerken, an sich selbst erfahren müssen. Denn obwohl er den animus domini so erklärt, er solle nur den Willen bedeuten, wie ein Eigentümer zu besitzen, hat er doch geglaubt, es folge aus der Notwendigkeit dieses Willens, daß Gegenstand des juristischen Besitzes nicht sein könne, was nicht in commercio sei, und wovon man dieses wisse, und es seien Menschen desselben unfähig, welche kein Eigentum haben können, wo dann auch eigentlich hinzugefügt werden müßte: „und welche sich dessen bewußt seien"; und deshalb sollen jene Sachen nicht Objekte, diese Menschen nicht Subjekte des juristischen Besitzes sein können, weil der animus domini in der Richtung auf jene Sachen und bei diesen Menschen unmöglich sei. Aber dieses wäre nur wahr, wenn der animus domini den Willen bedeutete, Eigentümer zu sein. Dagegen ist es offenbar sehr wohl möglich, daß jemand den Willen habe, eine res sacra oder religiosa wie ein Eigentümer zu besitzen, und daß ein Sklave wie ein Eigentümer besitzen wolle. Der Grund, warum solche Sachen nicht juristisch besessen werden, solche Menschen nicht juristisch besitzen können, liegt nur darin, daß die vornehmste rechtliche Bedeutung des Besitzes für das Recht darin besteht, daß er Verwirklichung des Eigentums ist, oder doch scheinen kann, es zu sein. Darum ist für das Subjekt und Objekt des juristischen Besitzes Eigentumsfähigkeit notwendig. Dieses Erfordernis ist daher ein rein objektives, weshalb auch Papinian in L. 44 §. 4 de usurp. ganz unbedenklich juristischen Besitz eines paterfamilias annimmt, der sich noch für einen filiusfamilias hält, worein sich dann Savigny natürlich nicht zu finden weiß, und seine Verlegenheit in Beziehung auf diese Stelle mit den Worten zu erkennen gibt: „etwas besonderes scheint es zu sein, daß der paterfamilias, der sich für einen filiusfamilias hält, dennoch besitzen kann". Daß juristischer Besitz eines (rechtlich) freien Menschen dann, aber auch

nur dann möglich ist, wenn der Besitzer nicht weiß, daß er ein Freier sei, kommt daher, daß der Mensch nur als Sklave Eigentumsobjekt sein kann, und daß bei jedem Menschen der Freiheitsstand vermutet werden muß, folglich aber jede rechtliche Begünstigung der Behandlung eines freien Menschen, als ob er Eigentumsobjekt wäre, den entschuldbaren Irrtum voraussetzt, daß er Sklave sei. Jede unbedingt dem commercium entzogene Sache, wie eine res sacra oder religiosa kann dagegen ebensowenig, wenn der Besitzer diese ihre Eigenschaft nicht kennt, als wenn er sie kennt, Gegenstand des juristischen Besitzes sein, wie es umgekehrt juristischen Besitz einer Sache nicht hindern würde, daß der Besitzer sie für eine res sacra oder religiosa fälschlich hielte.

Wenn in L. 30 §. 1 de poss. gesagt wird:

> locum religiosum aut sacrum non possumus possidere, etsi contemnamus religionem et pro privato eum teneamus, sicut hominem liberum

so will damit nicht behauptet werden, es komme wie beim homo liber, so auch beim locus religiosus oder sacer für die Möglichkeit, Gegenstand juristischen Besitzes zu sein, darauf an, ob der Besitzer wisse oder nicht wisse, daß er religiosus, bezw. sacer sei, sondern dies, es genüge beim locus religiosus oder sacer so wenig, als bei dem homo liber, daß der Besitzer die vom commercium ausschließende Eigenschaft des Gegenstands, oder eigentlich den Grund, weshalb diese Eigenschaft den Gegenstand vom commercium ausschließe, *mißachte*, und sich seinesteils darüber hinwegsetzen zu dürfen meine.

Am einfachsten und richtigsten, wie mir scheint, läßt sich der Besitzwille, durch welchen sich der juristische Besitz von dem bloß natürlichen Besitz unterscheidet, als der *selbständige* Besitzwille bezeichnen, welcher Ausdruck ziemlich entsprechend ist dem bei den römischen Juristen vorkommenden Ausdruck animus rem sibi habendi. Es ist damit geradezu das bezeichnet, worin der Wille eines juristischen Besitzers dem Willen gleichen muß, mit welchem der Eigentümer im Bewußtsein seines Rechtes besitzt. Es kann diese Selbständigkeit des Besitzwillens auf dem guten Glauben, Eigentümer zu sein, aber auch auf der Mißachtung fremden Eigentums beruhen. Den Gegen-

satz zu dem selbständigen Besitzwillen bildet der abhängige, sich selbst unterordnende Besitzwille, welcher die thatsächliche Herrschaft über die Sache nur im Dienste eines fremden Willens haben und handhaben will, wie Celsus sagt (L. 18 pr. de poss.): non idem est possidere et alieno nomine possidere; nam possidet, cujus nomine possidetur, procurator alienae possessioni praestat ministerium. Im eigentlichen Sinn besitzen und in fremdem Namen besitzen ist zweierlei: eigentlich und wahrhaft besitzt, in wessen Namen besessen wird. Der Besitzverwalter leiht durch sein Inhaben der Sache einen Dienst dem wahren Besitz eines Andern. Dieser Besitz in fremdem Namen, also mit abhängigem Besitzwillen, ist gar nicht eigentlicher echter Besitz. Eigentlicher und echter Besitz ist nur der, welchen jemand mit selbständigem Besitzwillen, in eigenem Namen hat, gleichviel dann, ob auch in eigener Person oder durch einen Andern, so zu sagen also in der Person eines Andern.

§. 4.
Civilis possessio.

Auf welcherlei Rechtsgrund der selbständige Besitzwille beruht, ja ob er überhaupt auf einem Rechtsgrund beruht, oder nicht, das ist für den juristischen Besitz im allgemeinen ganz gleichgültig. Nur die civilis possessio muß einen Rechtsgrund haben, welcher Eigentum nach dem jus civile bewirken kann; ein Besitz, welcher eine nach dem jus civile nichtige causa hat, oder eine solche, die ein anderes als das Eigentumsverhältnis begründet, oder endlich ein Besitz, der eines jeden Rechtsgrunds entbehrt, kann zwar juristischer Besitz, possessio überhaupt, aber nicht civilis possessio sein. Deshalb ist der auf einer nach dem jus civile nichtigen Schenkung, sowie der auf dem Pfandkontrakt beruhende Besitz, und selbst der des Diebes zwar juristischer Besitz, possessio im e. S. des Worts, aber nicht civilis possessio. Vom Standpunkt des jus civile aus ist jeder Besitz, welcher nicht auf einem nach ihm gültigen Eigentumserwerbsgrund beruht, nur naturalis possessio, wenn er auch alle Merkmale der eigentlichen possessio hat. Ohne Zweifel galt im klassischen römischen Recht auch der juristische

Besitz einer Person, welche das commercium nicht hatte (in der Regel also der Besitz eines Peregrinen), oder einer Sache, die nicht im Eigentum ex jure Quititium sein konnte, wie z. B. der juristische Besitz eines Provinzialgrundstücks, nicht als civilis, sondern nur als naturalis possessio. Dagegen mußte stets jeder Usucapionsbesitz als civilis possessio gelten. Daß aber civilis possessio ganz gleichbedeutend mit Usucapionsbesitz sei, wie Savigny annimmt, kann ich nicht für richtig halten, schon weil der Grund, auf dem diese Annahme ruht, ein m. E., wie ich oben zu zeigen suchte, unrichtiger Satz ist, nämlich der, daß die Usucapion die einzige Wirkung des juristischen Besitzes sei, welche er dem jus civile verdanke; es gehören auch die Rechtssätze, wornach durch Occupation und Tradition sofort Eigentum erworben werden kann, dem jus civile an, wenn auch nicht diesem Recht ausschließlich. Dazu kommt aber, daß mehrere der Stellen, in welchen der Ausdruck civilis possessio oder civiliter possidere vorkommt, sich von Savignys Voraussetzung aus gar nicht oder doch nicht befriedigend erklären lassen, während sie einen ganz guten Sinn geben, wenn civilis possessio die weitere Bedeutung eines Besitzes hat, der mit Eigentum nach jus civile verbunden ist, oder solches bewirken kann. Es gilt dies namentlich von denjenigen Stellen, welche von einem Zweifel daran sprechen, ob mit der actio ad exhibendum ein anderer Besitzer, als ein civilis possessor belangt werden könne. Worauf hätte dieser Zweifel gestützt werden können, wenn unter einem civilis possessor notwendig ein Usucapionsbesitzer zu verstehen wäre? Puchta hat ihn in seiner disputatio de civili possessione (kleine civilistische Schriften S. 407) daraus zu erklären versucht, daß die Anstellung einer actio ad exhibendum zur Vorbereitung einer Vindication — wozu diese Klage nach L. 1 ad exhib. hauptsächlich eingeführt worden ist — besonders veranlaßt sei, wenn durch Vindication die Vollendung einer Usucapion verhütet oder doch unschädlich gemacht werden solle. Aber viel natürlicher ist der Zweifel zu erklären, wenn civilis possessor der ist, welcher für seinen Besitz überhaupt eine civilis causa als Rechtsgrund angeben kann; denn in diesem Sinn konnte sehr wohl ein solcher als mit der vindicatio und folglich auch mit der actio ad exhibendum allein belangbar betrachtet

werden, so lange der vindicatio mit einer contravindicatio begegnet werden mußte. Es konnte sich diese Meinung auch noch erhalten, nachdem die rei vindicatio zu einer einseitigen Klage geworden war; die Meinung von Pegasus, von welcher L. 9 de R. V. berichtet, daß der mit der rei vindicatio zu Belangende wenigstens Interdiktenbesitz haben müsse, konnte dann den Übergang zu der nachher durchgedrungenen Ansicht bilden, daß auch bloße Detention hinreiche.

Ferner müßte, wenn civilis possessio bedeutete: possessio mit einer auf jus civile beruhenden Wirkung, naturalis possessio auch bedeuten possessio mit einer auf dem jus naturale beruhenden Wirkung. Der Interdiktenschutz beruht aber auf dem jus honorarium, nicht auf dem jus naturale. Es müßte also dann der juristische Besitz, welcher der civilis possessio entgegengesetzt würde, honoraria possessio genannt werden, nicht naturalis possessio.

Auch ist es endlich doch sehr unwahrscheinlich, daß man dem Besitz eines Eigentümers, der durch Mancipation es sofort geworden war, den Charakter einer civilis possessio abgesprochen und nur den einer naturalis possessio zuerkannt hätte, bloß weil sein Besitz dann nicht Usucapionsbesitz war.

In einigen Stellen hat es den Anschein, als ob civiliter possidere oder civilis possessio sogar nur ebensoviel bedeuten sollte, als juristisch besitzen oder juristischer Besitz.

Aber wenn in L. 24 de poss. und in L. 38 §. 8 de V. O. (45, 1) gesagt wird, daß ein Sklave civiliter possidere non potest, ist dies so zu erklären, daß damit nur gesagt werden soll, (wie es auch in der letzteren Stelle im §. 7 ganz deutlich so ausgedrückt wird): jure civili non possidet, d. h. es beruht auf dem jus civile, daß er nicht im e. S., nämlich juristisch besitzt, und nicht: ein Sklave besitzt nicht civiliter.

Und wenn L. 2 §. 1 pro herede (41, 5) sagt: Quod vulgo respondetur, causam possessionis neminem sibi mutare posse, sic accipiendum est, ut possessio non solum civilis, sed etiam naturalis intelligatur, nachher aber daraus gefolgert wird, es könne weder ein Pächter, noch ein Depositar, noch ein Commodatar seinen Besitz in eine possessio pro herede willkürlich umwandeln, so ist es unlogisch, so zu schließen:

weil hier nur mehrere Fälle von Besitz in fremdem Namen als Beispiel eines Besitzes angeführt werden, der nicht civilis possessio ist, so ist hier der Ausdruck civilis possessio als gleichbedeutend mit Besitz in eigenem Namen gebraucht. Denn es kann zufällig sein, daß bloß Fälle jener Art vorgeführt werden und nicht auch Fälle eines juristischen Besitzes, der nur nicht civilis possessio ist. Es sind eben die genannten Fälle solche, in welchen es besonders leicht vorkommen kann, daß jemand erbschaftliche Sachen in Händen hat, die er deshalb versucht ist, (nach altem Recht) pro herede usucapieren zu wollen. Daß die Regel sich nur auf die civilis possessio im e. S. des Worts beziehe, konnte deswegen gemeint werden, weil sie eine altüberlieferte, also schon dem alten jus civile angehörige war, und daß sie daher nur bedeute, es könne nicht eine gegebene civilis causa possessionis in eine andere civilis causa willkürlich umgewandelt werden.

§. 5.

Die Usucapion.

Wir haben nun die Rechtswirkungen, welche nach römischem Recht mit dem juristischen Besitz verknüpft sind, näher in das Auge zu fassen und ihre Gründe zu untersuchen.

Die Rechtswirkung des juristischen Besitzes, welche darin besteht, daß er zuweilen sofort Eigentum verschafft, bei den Eigentumserwerbsarten der Occupation und Tradition, ist schon oben (S. 14) erklärt worden. Zuvörderst haben wir nunmehr auf die Usucapion unser Augenmerk zu richten.

Diese Wirkung des Besitzes, daß er unter gewissen Voraussetzungen bei längerer Dauer das Eigentum einer fremden Sache wider den Willen ihres bisherigen Eigentümers verschafft, steht an und für sich unläugbar in schreiendem Widerspruch zu dem Verhältnisse, welches dem Besitz von Rechtswegen, nach der ratio juris, zum Eigentum zukommt. Denn während hiernach der Besitz durchaus eine dienende Stellung dem Eigentum gegenüber einnehmen soll, triumphiert er vermöge der Ersetzung über das Eigentum. Statt dem Eigentum, von dem er

getrennt ist, zu weichen, muß vermöge der Ersitzung das Eigentum dem Besitz weichen, der durch dieselbe mit Vernichtung des ihm gegenüber und im Wege stehenden Eigentum und wider den Willen des bisherigen Eigentümers selbst Eigentum wird.

In der Dauer des Besitzes allein, welche die eine und zwar allerdings Hauptbedingung dafür ist, daß er durch Usucapion sich in Eigentum verwandelt, kann unmöglich der Grund für diese Verwandlung liegen; denn die bloße Dauer würde eher geeignet sein, die Unrechtmäßigkeit eines Besitzes, welchem das Eigentum eines Andern gegenübersteht, zu erhöhen, als sie aufzuheben. Es muß doch dem Besitz, der sich auch auf dem Wege der Ersitzung in Eigentum verwandeln soll, ungeachtet seiner hierauf beruhenden objektiven Unrechtmäßigkeit eine gewisse subjektive Berechtigung inwohnen, welche die Rechtsordnung zwar nicht nötigt, aber es ihr doch verstattet, ihm aus praktischen Rücksichten zu jenem Sieg über das Eigentum zu verhelfen.

Es läßt sich nicht wohl bezweifeln [1]), daß der ursprüngliche Zweck der Usucapion darin bestund, den redlichen Käufer nach nicht allzulanger Zeit gegen Eviktion besser zu sichern, als er dagegen durch die mittelst der Mancipation übernommene Verpflichtung des Verkäufers, ihm bei einer allfallsigen Eviktion Beistand zu leisten, gesichert war. Zu diesem Zweck sollte nach der Zeit von einem bezw. zwei Jahren, während welcher der Käufer sich ununterbrochen in dem von dem Verkäufer ihm überlieferten Besitz der erkauften Sache behauptet habe, ihre Vindication dem Dritten, der das Eigentum derselben anspreche, ganz abgeschnitten sein, und sie, auch wenn sie bisher dessen Eigentum gewesen, von selbst in das Eigentum des Käufers übergehen. Die darin dem Eigentümer gegenüber liegende Härte wurde nachträglich dadurch gemildert, daß res furtivae oder vi possessae, so lang sie es wären, der Usucapion entzogen wurden. Immer aber wurde dabei bona fides, d. h. redliches Verhalten

1) Ich nehme hiemit meine (im 2. Band meiner früheren Beiträge z. B. d. R. R. I. S. 30 ff.) ausgeführte Ansicht, daß es die ursprüngliche Bedeutung der Usucapion gewesen sei, Formmängel des Erwerbs zu ergänzen, ausdrücklich zurück. Die Ausführungen Bechmanns in seiner Geschichte des Kaufs haben mich von ihrer Unrichtigkeit hinlänglich überzeugt.

des Käufers bei dem Kauf und Besitzerwerb vorausgesetzt, beruhend hauptsächlich auf dem Vertrauen, daß der Verkäufer rechtlich befähigt sei, ihm das Eigentum der Sache zu verschaffen. So verstattete es dann die wenigstens ursprüngliche ethische Berechtigung des Besitzes der käuflich erworbenen Sache, ihm bei längerer Dauer zum Sieg über das schon länger wegen Entbehrung des Besitzes ohnmächtig gewesene und nicht geltend gemachte Eigentum zu verhelfen und auf diesem Wege, dem umgekehrten, als dem gewöhnlichen, die Vereinigung von Besitz und Eigentum herbeizuführen.

Es ist nicht schwer, sich die Ausdehnung der ursprünglich nur zu jenem Zweck eingeführten Usucapion zu einem Mittel der Ergänzung des formlosen käuflichen Erwerbs von res mancipi zu erklären, wodurch dann das in bonis habere derselben mit Vernichtung des nudum jus Quiritium zu vollem Eigentum erhoben wurde. Es dient auch dann die Usucapion wesentlich nur zur Sicherung des Käufers gegen Vindikation der erkauften Sache, hier gegen die vom Verkäufer durch Unterlassung der Mancipation sich selbst noch vorbehaltene Vindikation derselben, die er aber doch redlicher Weise sich nur entweder wegen nicht geleisteter Preiszahlung oder unter dem Anerbieten ihrer Rückerstattung vorbehalten konnte. Gewissermaßen läßt sich die einfache, formlose Tradition einer verkauften res mancipi als eine bedingte Eigentumsübertragung vorstellen, welche durch ein-, bezw. zweijährige Unterlassung der Vindikation zu einer der unbedingten Eigentumsübertragung durch Mancipation oder Injurecession gleichwertigen wird.

Die Ausdehnung beider Arten von Usucapion auf jeden redlichen derivativen Erwerb mußte sich von selbst machen.

Von wesentlich anderer Art freilich *scheinen* die alte usucapio pro herede und die Usureceptionen zu sein, und doch erweisen sie sich bei näherer Betrachtung als keineswegs so wesentlich von den die redlichen derivativen Erwerbungen sichernden und ergänzenden Usucapionen verschieden.

Man darf es getrost als ein Mißverständnis des ursprünglichen Sinnes der usucapio pro herede betrachten, wenn sie *Gajus* eine improba usucapio nennt. Die hinterlassenen Sachen eines ohne einen suus heres Verstorbenen wurden

als herrenlos betrachtet, wie es ja in einem gewissen Sinne die Sachen eines Verstorbenen, wenn sie nicht sofort in das Eigentum eines Erben übergehen, wirklich sind. Wenn solche irgend ein Dritter in der Absicht in Besitz nahm, die rechtlichen Verpflichtungen des Verstorbenen gegen Götter und Menschen auf sich zu nehmen, so ließ sich dem so erworbenen Besitz eine ethische Berechtigung nicht absprechen, und es konnte als genügend erscheinen, den Erbberechtigten ein Jahr lang die Vindikation dieser Sachen vorzubehalten.

Bei den Usureceptionen aber kommt in Betracht, daß sie nur Sachen, welche ohnehin im Vermögen des Ersitzers geblieben waren, mit Vernichtung eines bloß formellen fremden Eigentums in das des Ersitzers zurückbrachten, und zwar meist wohl nur in der Art, daß dabei gewissermaßen eine stillschweigende Resolutivbedingung der Veräußerung als eingetreten betrachtet werden konnte. Wenn überhaupt jemals, so war es doch gewiß höchst selten der Fall, daß eine Usureception lukrative Bedeutung hatte. In der Regel wird es ganz der Billigkeit entsprochen haben, daß dadurch das Beisammensein des Besitzes und Eigentums so zu sagen durch Rückkehr des Eigentums zum Besitze statt, wie gewöhnlich, durch Wiedervereinigung des Besitzes mit dem Eigentum bewirkt wurde. [2])

Wenn auch in den Fällen der usucapio pro herede und der Usureceptionen dem Besitz trotz dem damit verbundenen Bewußtsein, daß die Sache einem Andern gehört, eine gewisse ethische Berechtigung nicht abzusprechen ist, so ist eine solche auch

---

2) Daß es, wie Pernice (Labeo II S. 155) meint, mala fides war, wenn der Mann selbst da die manus usu erwarb, wo er den entgegengesetzten Willen der Frau, d. h. ihren Willen sui juris zu bleiben, kannte, scheint mir eine irrige Vorstellung zu sein. An sich galt es gewiß als selbstverständlich, daß die Frau auch bei formloser Eheschließung durch fortgesetztes eheliches Zusammenleben mit dem Manne in seine manus kommen wolle. Nach dem Zwölftafelgesetz sollte sie es verhüten können, aber nur dadurch, daß sie jährlich sich ein trinoctium hindurch aus seinem Hause entfernte. Von Seiten des Mannes ist der usus seiner Ehefrau immer vollkommen rechtlich, wie sittlich berechtigt. An sich hat dieser usus ja gar nicht den Zweck, die Frau ihrer rechtlichen Selbständigkeit zu berauben. Hätte es je zur bona fides gehören können, daß ein Ehemann, weil seine Frau sui juris bleiben wolle, sich des Zusammenlebens mit ihr enthalte?

bei der in das Justianianische und heutige römische Recht übergegangenen Usucapion dem Besitze dann nicht schlechthin abzusprechen, wenn der Usucapient nachträglich erfährt, daß zur Zeit noch ein Dritter Eigentümer der von ihm besessenen Sache ist. Es ist um so weniger unbedingt tadelnswert, wenn er sie demungeachtet behalten will, bis sie ihm von dem Eigentümer abgefordert wird, als er ja wohl dabei von der Erwartung geleitet werden kann, es werde demjenigen, aus dessen Händen er die Sache erworben hat, noch gelingen, den Eigentümer durch Vergütung des Werts der Sache zur Verzichtleistung auf sein Eigentumsrecht zu bewegen. So ist es wohl begreiflich, daß das römische Recht niemals die s. g. mala fides superveniens als Grund der Unterbrechung der Usucapion behandelt hat, was übrigens freilich auch darauf zurückgeführt werden kann, daß die fortgehende Usucapion als eine allmähliche Entwicklung des Besitzes zu Eigentum betrachtet wurde, die, wenn sie einmal in den Gang gekommen sei, durch eine Veränderung des Bewußtseins der besitzenden Person nicht mehr aufgehalten werden könne.

Es ist auch nicht richtig, wenigstens nicht genau richtig, wenn man sagt, jene antiquierten Usucapionen seien zugleich Usucapionen ohne Titel oder justa causa. Nicht nur hat die Usucapion, welche das in bonis habere zum dominium pleno jure macht, immer den Kauf, die Schenkung oder eine andere solche justa causa zum Titel, sondern auch die usucapio pro herede und die Usureceptionen beruhen durchaus insofern auf einem Besitz ex justa causa, als das jus civile den darin verwirklichten Willen, das Eigentum der Sache allmählich zu erwerben oder zurückzuerwerben, genehmigt hat.

Durch die Aufstellung der Publiciana actio gewährte das prätorische Edikt dem Usucapionsbesitzer sogar einen Schutz, als wenn er schon Eigentümer wäre, indem es ihm mittelst dieser Klage im Fall des Verlustes seines Besitzes zur Wiedererlangung desselben aus der Hand eines jeden Dritten, nur regelmäßig mit Ausnahme des wirklichen Eigentümers, ohne alle Verpflichtung zur Schadloshaltung verhalf.

Von ganz anderer Art und auch ganz anders gemeint ist der Schutz durch Interdikte, welchen, wie kaum zu bezweifeln

ist, schon vor der Einführung der Publiciana actio das prätorische Recht für den juristischen Besitz überhaupt eingeführt hatte, und den wir jetzt einer genaueren Betrachtung zu unterziehen haben.

§. 6.

Der Schutz des juristischen Besitzes durch Besitzklagen.

Der Schutz des juristischen Besitzes als solchen ohne jedwede Rücksicht auf seine objektive oder subjektive Berechtigung durch die possessorischen Interdikte zu seiner Behauptung oder Wiedererlangung (interdicta retinendae und recuperandae possessionis) hat wenigstens nach seiner Entwicklung, wie sie in den Rechtsbüchern Justinians uns entgegentritt, eine unverkennbare Ähnlichkeit mit dem richterlichen Schutze des Eigentums. Wie dieser in der rei vindicatio dem erweislichen Eigentümer zur völlig verlorenen thatsächlichen Herrschaft über die Sache wieder verhilft und durch die negatoria actio ihm Hülfe gegen Beeinträchtigungen derselben in ihrer Unbeschränktheit gewährt, so thut dies, in doch nicht allzu geringerem Grade und in provisorischer Art, die aber auch zu einer definitiven sich gestalten kann, jener possessorische richterliche Schutz dem juristischen Besitzer als wenigstens scheinbarem Eigentümer mittelst des restitutorischen interdictum unde vi und des prohibitorischen interdictum uti possidetis.

Warum geschieht dies, da es doch auf der Hand liegt, daß der im Besitz enthaltene Schein des Eigentums so leicht trügen kann?

Für die Wissenschaft des römischen Rechts ist die Frage nach dem Grund dieses Besitzschutzes m. E. eigentlich die Frage nach dem Sinn, oder vielleicht richtiger ausgedrückt, nach dem Zweck desselben, wie er sich aus der Beobachtung des Erfolgs erschließen läßt, den er so, wie ihn das römische Recht dem Besitze gewährt, in der Wirklichkeit hat, also keine rechtsphilosophische oder im nächstliegenden Sinne des Worts historische Frage. Als rechtsphilosophische Frage könnte sie so zu beantworten sein, daß die Gestalt des römischen Besitzschutzes dazu nicht paßte: daß das römische Recht die ratio scripta in dem Sinne sei, als ob es durchaus den Forderungen einer irrtumslosen Rechtsphilosophie entspräche, wird wohl niemand heutzu-

tage noch behaupten. Und damit jene Frage als eigentlich hiſtoriſche Frage mit voller Gewißheit beantwortet werden könnte, müßten wir beſſere Mittel zur Erforſchung der Geſchichte des römiſchen Beſitzſchutzes haben, als ſie uns wirklich zu Gebote ſtehen. Wir können uns, ſcheint mir, nur an die Vorausſetzung halten: der vorausſichtliche wirkliche Erfolg dieſes Schutzes wird auch ſein Zweck geweſen ſein.

Geſtaltet iſt nun dieſer Schutz ſo, daß dabei gefliſſentlich die Frage nach der Rechtmäßigkeit des Beſitzes und ebenſo nach einer etwaigen Berechtigung zu den Handlungen, gegen welche richterlicher Schutz in Anſpruch genommen wird, bei Seite gelaſſen werden: es ſoll nur auf die Thatſache des Daſeins des juriſtiſchen Beſitzes am Anfang des Beſitzprozeſſes, bezw. im Augenblick ſeiner Entziehung ankommen, und es ſollen alle petitoriſchen Einreden unbedingt ausgeſchloſſen ſein. Aber es ſoll dadurch die Erledigung jener Fragen nicht für immer abgeſchnitten, ſondern nur einem eigenen Prozeſſe vorbehalten ſein.

Hieraus ergibt ſich für den Erfolg dieſes Beſitzſchutzes die doppelte, an ſich gleich große Möglichkeit, daß er ſofort auf dem kürzeſten und einfachſten Wege den Zuſtand herbeiführt, welcher dem Recht wahrhaft entſpricht, *oder* daß er einen Zuſtand herſtellt und einſtweilen befeſtigt, welcher mit dem Recht in Widerſpruch ſteht, ſo daß dann ein weiterer, ſorgfältiger zu behandelnder petitoriſcher Prozeß wie möglich, ſo auch notwendig iſt, um durch Wiederaufhebung des durch die Entſcheidung des Beſitzprozeſſes hergeſtellten Zuſtandes den thatſächlichen Zuſtand mit dem Rechte in Einklang zu bringen.

Inſofern erſcheint der römiſche Beſitzſchutz als ein ſehr gewagter Verſuch, mit leichter Mühe und raſch einem im Beſitze zur Erſcheinung kommenden Rechte des Beſitzers an der Sache zu voller und geſicherter Verwirklichung zu verhelfen, ein Verſuch, der ſehr leicht zum Gegenteil, wenigſtens zur Verſchleppung deſſen führen kann, was er eigentlich bezweckt.

Bei genauerer Aufmerkſamkeit aber tritt uns zweierlei entgegen, was über die Gefährlichkeit dieſes Verſuches zu beruhigen geeignet iſt. Fürs Erſte kann gerade der Erfolg, daß die Entſcheidung des Beſitzprozeſſes einen dem Recht widerſprechenden Zuſtand herſtellt und befeſtigt, ein kräftiger Antrieb zu raſcher

und energischer gerichtlicher Geltendmachung des dadurch verletzten Rechtes werden. Und fürs Zweite kann, wenn dieser Antrieb wirkungslos bleibt, der Schutz des objektiv unrechtmäßigen Besitzes die Vereinigung von Recht und Besitz auf dem Wege der Ersitzung des Eigentums oder eines Servitutrechts herbeiführen.

Setzen wir den Fall, es hat im Besitzprozeß der scheinbare Eigentümer gesiegt, der wahre Eigentümer ist unterlegen, dann ist zu erwarten, daß dieser sich beeilt, sein Eigentumsrecht nach Kräften mit der rei vindicatio gegen den Sieger im Besitzprozeß zu verfolgen. Unterläßt er es, so ist seinem Gegner, wenn er Usucapionsbesitzer ist oder war, die Vollendung oder der Wiederbeginn der Usucapion ermöglicht, durch deren Vollendung dann die Trennung von Besitz und Eigentum doch auch wieder aufgehoben wird.

Oder nehmen wir an, es ist im Besitzprozesse eine Handlung des Beklagten als Besitzstörung behandelt worden, wozu er durch ein Servitutrecht berechtigt war. Er wird darin einen kräftigen Antrieb zur Anstellung der confessoria actio finden, oder es wird, wenn er diese unterläßt, sein Gegner, falls er Eigentümer ist, nun desto leichter die usucapio libertatis vollenden, beziehungsweise durch fortdauernden non usus der Servitut die Befreiung seines Eigentumsrechts von dieser rechtlichen Beschränkung gewinnen: es wird dadurch der einstweilen hergestellte rechtswidrige Zustand ein dem Recht entsprechender werden können.

Ist umgekehrt der Eigentümer, welcher wegen einer angeblichen Servitutausübung mit dem interdictum uti possidetis klagte, unterlegen, weil er seinen Besitz des Grundstücks nicht beweisen konnte, so wird er jetzt die Negatorienklage anstellen, oder es wird sein siegreicher Gegner nun desto leichter die Ersitzung des von ihm in Anspruch genommenen Servitutrechts vollenden können; es wird dadurch der rechtswidrig aufrechterhaltene Zustand zu einem vollkommen rechtmäßigen werden.

Demnach glaube ich, daß Iherings Auffassung des römischen Besitzschutzes haltbar ist, wenn sie nur so ergänzt wird, daß sie lautet: es ist dieser Besitzschutz ein alternativer Versuch, entweder den Eigentumsschutz zu erleichtern, oder zur

Rechtsverfolgung anzuspornen, oder endlich das erwünschte Beisammensein von Besitz und Recht mittelst Ersitzung, bezw. non usus herbeizuführen.

Daß der römische Besitzschutz bezwecke, im Besitz zwar nicht ein Recht an der Sache, aber das Recht der Persönlichkeit zu schützen, worauf auch die neuesten Versuche hinauslaufen, den Grund dieses Besitzschutzes zu erklären, glaube ich bestreiten zu müssen.

Bruns hat am Schlusse seines trefflichen Buches über die Besitzklagen einen neuen Versuch dieser Art gemacht, bei welchem er ganz auf den Ausspruch von Paulus in L. 2 uti possidetis fußt:

> qualiscumque possessor hoc ipso quod possessor est, plus juris habet, quam ille qui non possidet,

der freilich sehr bestimmt zu sagen scheint, der Grund des Besitzschutzes liege direkt im Besitz selbst, dabei aber — wie Bruns natürlich selbst nicht verkennt — gerade die Frage, um die es sich doch eigentlich handelt, unbeantwortet läßt: warum hat der Besitzer mehr Recht, als der Nichtbesitzer? Bruns beantwortet diese Frage schließlich damit, daß er sagt (S. 291): „Aus der relativen Berechtigung des Besitzers gegenüber dem Nichtbesitzer folgt der Schutz bis zum Beweise und zur Erstreitung des absoluten oder wenigstens besseren Rechtes von selbst". Das ist allerdings sehr einleuchtend; aber wenn man genauer zusieht, so ist damit indirekt gesagt: wenn der belangte Nichtbesitzer sich zum Beweis des von ihm behaupteten absoluten oder wenigstens besseren Rechts erbietet, so hört die Berechtigung des Klägers auf den Schutz seines Besitzes auf. Es würde aus diesem von Bruns aufgestellten Satze mit Notwendigkeit folgen, daß wenigstens liquide petitorische Einreden im Besitzprozesse unbedingt zugelassen werden müßten. Aber es sind ja petitorische Einreden im römischen Besitzprozesse unbedingt ausgeschlossen.

Was Paulus sagt: qualiscumque possessor hoc ipso quod possessor est, plus juris habet, quam ille qui non possidet ist deshalb ganz unbestreitbar, weil Paulus dabei voraussetzt, daß, wie es beim interdictum uti possidetis geschieht, alle Fragen über Berechtigungen des einen oder des

andern Teils an der Sache völlig ausgeschlossen sein sollen. Wo es bereits feststeht, daß von zweien keiner ein Recht an der Sache hat, da hat natürlich der Besitzer, welcher nur den bestehenden Zustand erhalten haben will, mehr Recht, als der Nichtbesitzer, welcher diesen nach seinem Belieben will ändern dürfen. Und das gilt eben auch dann, wenn nur so viel feststeht: es soll keiner von beiden mit der Behauptung eines Rechts an der Sache gehört werden. Aber woraus soll das Recht des Besitzers folgen, zu verlangen, daß weder er nach seinem Recht an der Sache gefragt, noch sein Gegner mit der Behauptung eines ihm daran zustehenden Rechtes gehört werde? Darauf kann keine befriedigende Antwort gegeben werden, es läßt sich nur sagen: Zweckmäßigkeitsgründe können dazu bestimmen, vorläufig nach einem Recht an der Sache weder zu fragen, noch Behauptungen eines solchen Gehör zu schenken.

Windscheid sagt (Pandekten §. 148): „Der Wille, welcher im Besitz sich zur thatsächlichen Geltung bringt, ist, ganz abgesehen von der Berechtigung seines Inhalts, als solcher eben so viel wert, wie jeder andere Einzelwille, welcher die Sache sich unterwerfen möchte; will ein anderer Einzelwille sich ihm gegenüber durchsetzen, so mag derselbe die höhere Entscheidung der vom Staate geordneten Organe der Rechtsordnung anrufen; setzt er sich durch eigene Macht durch, so thut er damit, wie auch sein Inhalt berechtigt sein mag, dem Besitzer formales Unrecht". Gewiß; aber ruft denn der wegen Besitzstörung Belangte nicht die Entscheidung eines vom Staate geordneten Organs der Rechtsordnung an, wenn er im Besitzprozeß eine petitorische Einrede gegen die Klage vorbringt? Begeht er auch damit ein Unrecht, daß er bittet, der Richter möge, ehe er ihm unbedingt die Wiederholung einer Handlung verbietet, die er mit dem Bewußtsein, dadurch nur sein gutes Recht auszuüben, vorgenommen habe, ihm den Versuch gestatten, ihn von dem Dasein dieses Rechts zu überzeugen? Ich meine, ehe das ein Unrecht genannt werden kann, muß erst die Prozeßordnung aus Zweckmäßigkeitsgründen das Vorbringen petitorischer Einreden im Besitzprozesse untersagt haben. An sich kann es unmöglich als ein Unrecht betrachtet werden oder gelten.

Wenn ich im richtigen Bewußtsein, durch Beerbung Eigentümer eines Ackers geworden zu sein, Anstalt mache, ihn bebauen zu lassen, so kann freilich der, welchem derselbe von einem Dritten auf Grund eines Kaufvertrags tradiert worden war, und dem es unbekannt ist, daß mein Erblasser Eigentümer desselben war und durch dessen Beerbung ich jetzt Eigentümer desselben bin, von mir verlangen, daß, ehe ich in meinem Beginnen fortschreite, ich ihm mein Eigentumsrecht nachweise; aber an sich gibt ihm sein Besitz des Ackers kein Recht, zu verlangen, daß mir, ungeachtet meiner Bereitschaft, mein Eigentumsrecht zu beweisen, ohne weiters jedes fernere Vorgehen zur Bebauung des Ackers verboten werde. Nur, wenn ich mich darauf steifte, mein Wille als Einzelwille müsse so viel gelten, wie der seinige, wäre ich im Unrecht; und ich bin freilich auch dann bei dem Verlangen, eine petitorische Einrede seiner Besitzklage entgegenstellen zu dürfen, im Unrecht, wenn durch besondere Rechtssatzung bestimmt ist, es sollen im Besitzprozesse petitorische Einreden schlechthin zulässig sein; aber auch nur, wenn dies durch besondere Rechtssatzung bestimmt ist.

Damit aber diese Bestimmung als gerechtfertigt erscheinen könne, ist, wie mir scheint, nötig, daß zugleich, wie es auch das römische Recht gethan hat, für schleunige Erledigung des Besitzprozesses Sorge getragen werde; sonst liegt die Gefahr zu nahe, daß durch unbedingte Ausschließung petitorischer Einreden im Besitzprozesse die Verwirklichung grundlos bestrittener Rechte gegen alle Billigkeit zu sehr aufgehalten werde. Ungerecht würde m. E. eine Gesetzgebung, welche den Schutz des Besitzes als solchen sehr einschränkte oder ganz aufhöbe, nicht genannt werden können. Ob er so, wie ihn das römische Recht gewährt, beizubehalten oder noch auszudehnen sei, halte ich lediglich für eine Frage der Zweckmäßigkeit.

Auf die rein geschichtlichen Fragen, welche die possessorischen Interdikten betreffen, näher einzugehen, soll einem andern Orte vorbehalten bleiben. Es wird sich dort Gelegenheit bieten, noch manches, was zur Bestätigung der hier ausgeführten Ansicht dienen kann, nachzubringen.

§. 7.

Das Recht des Besitzes (Jus possessionis).

Nach den bisherigen Ausführungen läßt das römische Recht den Besitz zwar unter besonderen Voraussetzungen zu Eigentum werden und behandelt es ihn durch Gewährung eines provisorischen Rechtsschutzes, als ob er ein Recht wäre, ist aber hierin keineswegs die Anerkennung eines dem juristischen Besitz als solchem *inwohnenden* Rechtes enthalten. Wenn daher in den Quellen von einem jus possessionis, einem Recht des Besitzes die Rede ist, was jedenfalls wohl zu unterscheiden ist von einem Recht auf den Besitz, einem jus possidendi, wie es wesentliches Element des Eigentumsrechtes ist, so kann dies nicht bedeuten: das Recht, *welches* der Besitz *ist*, sondern nur: das Recht, dessen *Bedingung* der Besitz ist, und das ist eben das Recht des Besitzers, unter gewissen weiteren Voraussetzungen wegen des Besitzes der Sache ihr Eigentum in Anspruch zu nehmen, oder einen provisorischen Rechtsschutz zu begehren, als wäre er Eigentümer der Sache. [1])

Hieraus ergibt sich, in welchem Sinne allein der viel angefochtene und wegen seiner Zweideutigkeit auch in der That sehr anfechtbare Ausspruch *Savignys*:

Der Besitz ist Recht und Faktum zugleich,

eine Wahrheit ausspricht; er thut dies nur in dem Sinne, daß solange ein juristischer Besitz, also ein Besitz mit selbständigem Besitzwillen besteht, für den Besitzer zu gleicher Zeit ein Faktum und eine Berechtigung besteht, oder mit a. W., daß der juristische Besitz ein Faktum ist, mit dem eine gewisse Berechtigung in der Art unzertrennlich verbunden ist, daß diese Berechtigung für die Person nicht ohne den Besitz, und der Besitz nicht ohne diese Berechtigung für die Person sein kann. [2]) Doch ist sofort hinzuzufügen: es kann das Faktum des Besitzes, wie jedes Faktum, woran eine Berechtigung durch Rechtssatzung geknüpft ist, auch durch Rechtssatzung fingiert werden, wo das Recht die bestimmte

1) Vergl. *Randa*: Der Besitz §. 3 (3. Aufl. S. 35 ff., bes. S. 37).

2) Es gilt dies auch für die interdicta recuperandae possessionis, insofern die *Entstehung* des damit geltend zu machenden Klagerechts unzertrennlich mit *gegenwärtigem* juristischen Besitz verbunden ist.

Berechtigung ausnahmsweise ohne das Faktum will, damit das Dasein der Berechtigung als regelrecht erscheine. Das Dasein des Faktums, ohne welches die Berechtigung nicht gegeben sein soll, ist dann bloße Fiktion. Und umgekehrt kann es auch vorkommen, daß fingiert wird, der juristische Besitz sei nicht da, wo er als Faktum wirklich besteht, und also an sich auch die daran geknüpfte Berechtigung bestehen müßte: weil das Recht ausnahmsweise diese Berechtigung nicht zugestehen will, wird fingiert, daß das Faktum des juristischen Besitzes fehle, damit das Fehlen der Berechtigung als regelrechtes erscheine. Der wirkliche oder fingierte juristische Besitz ist in der Regel mit einer gewissen Berechtigung verbunden, welche fehlt, wo der juristische Besitz wirklich oder kraft einer Fiktion fehlt.

Diese so an die possessio geknüpfte Berechtigung ist das jus possessionis. Der juristische Besitz ist als solcher nur Faktum, aber ein Faktum, womit das jus possessionis unzertrennlich verbunden ist.

Das Eigentum an sich ist nur Recht, nicht Faktum; bloß das Dasein des konkreten Eigentums dieser Person an dieser Sache ist Faktum, nicht das Eigentum an sich; das Faktum, worauf das Eigentum im einzelnen Falle beruht, ist ein vergangenes in dem Augenblick, in welchem das Eigentum erworben ist. Auch insofern dieses Faktum Besitzerwerb gewesen ist, besteht es nicht neben dem Eigentum fort. Der Besitz aber, welcher daraus hervorgegangen ist, besteht als Faktum neben dem Eigentum fort, so jedoch, daß das Recht des Eigentums von seinem Fortbestand unabhängig ist, während dagegen das jus possessionis mit dem Faktum der possessio erlischt, und nur mit der Wiederherstellung dieses Faktums wieder entstehen kann. Das Eigentumsrecht kann auch ohne das Faktum des Besitzes entstehen und bestehen, das Recht des Besitzes aber nicht ohne das Faktum des Besitzes.

Wenn das jus possessionis unzertrennlich mit der possessio verbunden ist, so ist freilich Verlust, Gebrauch, Behauptung des jus possessionis und die Untersuchung, ob es vorhanden sei, gleichbedeutend mit Verlust, Gebrauch, Behauptung der possessio und mit der Untersuchung, ob possessio da sei, ohne daß aber daraus folgt, daß in Stellen wie L. 44 pr. de

poss., L. 2 §. 38 ne quid in l. p. (43, 8), L. 5 §. 2 C. de lib. causa (7, 16) und L. 5 §. 1 ad leg. Jul. de vi publ. (48, 6) jus possessionis als gleichbedeutend mit possessio gebraucht, und damit der „Rechtscharakter" des Besitzes anerkannt werde, wie Bekker (das Recht des Besitzes §. 30) behauptet.

Ebenso unhaltbar ist m. E. dessen Behauptung a. a. O., daß in den Quellen „die possessio nicht selten unter andern Rechten aufgeführt werde". Er beruft sich dafür auf L. 38 §. 3 de V. O.:

> si quis forte non de proprietate, sed de possessione nuda controversiam fecerit, vel de usufructu vel de usu vel de quo alio jure ejus, quod distractum est . . .

Allein hier wird nur der proprietas die possessio neben den jura in re entgegengesetzt, und nur gesagt, daß zu diesen außer dem usufructus und usus auch andere Rechte gehören, keineswegs aber wird dadurch die possessio unter den Begriff des Rechts gestellt. Nicht anders verhält es sich mit L. 4 §. 2 de alienatione j. mut. c. (4, 7). Und wenn „noch bezeichnender" L. 12 §. 3 de usufr. (7, 1) sein soll, worin es heißt: nam qua ratione retinetur a proprietario possessio, etiam si in fuga servus sit, pari ratione etiam usufructus retinetur, so ist dabei ganz übersehen, daß sehr wohl von zwei Subjekten dasselbe ausgesagt und auf denselben Grund zurückgeführt werden kann, ohne daß damit behauptet werden will, das eine Subjekt falle unter den Begriff des andern. Wenn ich sage: der Leib des Menschen ist aus dem gleichen Grunde vergänglich, aus dem es die Pflanze ist, will ich damit sagen, der Leib des Menschen sei eine Art von Pflanze? Und wenn wir in der ebendaselbst angeführten L. 23 pr. de poss. lesen:

> Adita hereditate omnia quidem jura ad nos transeunt, possessio tamen nisi naturaliter comprehensa ad nos non pertinet,

ist es eine gezwungene Erklärung, wenn wir das so auslegen: es gehen zwar alle Rechte des Erblassers mit dem Erbschaftsantritt auf uns von selbst über, aber sein Besitz, weil er kein Recht ist, sondern ein Faktum, mit dem nur rechtliche Vorteile

verknüpft sind, gehört uns nur, wenn wir ihn thatsächlich ergriffen haben? Es ist doch gewiß keine unrichtige Ausdrucksweise, wenn ich sage: es kann zwar kein Monarch zur Verantantwortung gezogen werden, das Staatsoberhaupt einer Republik aber ist verantwortlich. Niemand wird dies so verstehen, als wolle ich behaupten, das Staatsoberhaupt einer Republik sei ein Monarch, nur ein Monarch von besonderer Art.

So deutlich und bestimmt, als es nur irgend möglich ist, wird dem juristischen Besitz das Prädikat eines Rechtes damit abgesprochen, daß Papinian von ihm in L. 49 pr. de poss. sagt: »plurimum ex jure mutuatur«. Was könnte ein Verhältnis, welches als Recht anerkannt ist, noch vom Rechte zu entlehnen haben? Es ist der Mühe wert, zu untersuchen, was dieser eigentümliche Ausdruck hier bedeuten soll. Papinian stellt den Satz auf: auch juristischen Besitz, nicht bloß Eigentumsrecht, erwirbt man durch einen Sklaven, an welchem man den Nießbrauch hat, sofern es sich dabei um einen Erwerb ex re usufructuarii oder ex operis servi handelt, und gibt dafür zwei Gründe an: daß der Sklave im natürlichen Besitz des Usufruktuars sich befinde, und daß plurimum a jure possessio mutuatur. Der erste Grund soll offenbar das Bedenken beseitigen, daß der Sklave selbst nicht im juristischen Besitz des Usufruktuars sei; man kann, will der Jurist sagen, darüber hinwegsehen, insofern der Sklave doch im natürlichen Sinn vom Usufruktuar besessen wird. Beim zweiten Grund aber hat Papinian ohne Zweifel das andere mögliche Bedenken im Auge, daß der Sklave auch nicht in der potestas des Usufruktuars sich befinde, während doch eigentlich nur vermöge des Rechtsverhältnisses, worin ein rechtsunfähiger Mensch zu seinem Gewalthaber steht, der von jenem erworbene Besitz als Besitz des Gewalthabers betrachtet werden könne. Über dieses Bedenken will der Jurist damit weghelfen, daß er daran erinnert, es lasse ja doch überhaupt das Recht mancherlei in Beziehung auf den juristischen Besitz gelten, was nicht aus dem Wesen desselben mit Notwendigkeit folge. Daran hat der juristische Besitz gleichsam ein aus dem Vermögen des Rechtes ihm gewährtes aes alienum, etwas, das ihm nicht selbst gehört, sondern was aus dem Schatze des Rechts, aus der Machtvollkommenheit der Rechtsordnung ihm

zugekommen ist. So ist, glaube ich, dieser Ausdruck: »plurimum ex jure possessio mutuatur« zu verstehen.

Ist aber das „Entlehnen des juristischen Besitzes vom Recht" so aufzufassen, so ist etwas anderes, wie dieses gemeint, wenn gesagt wird, er sei non tantum corporis, sed et juris, welches Ausdrucks Papinian sich an demselben Ort gleich nachher bedient. Hier folgert er daraus, daß qui in aliena potestate sunt, rem peculiarem tenere possunt, habere possidere non possunt. Damit gerade dieses daraus gefolgert werden kann, muß der Ausdruck: die possessio sei auch juris, bedeuten, ihr eigener Begriff habe neben einem Bestandteil von natürlicher, einen andern von rechtlicher Art, und es sei daher dieser Begriff insofern selbst ein Rechtsbegriff. Denn nach dem natürlichen Begriff würde der Besitz einer res peculiaris immer echter, eigentlicher Besitz, nämlich Besitz mit selbständigem Besitzwillen sein, weil das Pekulium an sich ein aus dem Vermögen ausgeschiedenes eigenes Vermögen des Sklaven oder filiusfamilias ist; er ist aber doch nicht possessio, weil diese juristischer, d. h. mit dem jus possessionis unzertrennlich verbundener Besitz ist, ein Recht des Besitzes aber eine in fremder Gewalt befindliche Person ebensowenig haben kann, als irgend ein anderes wahres Recht. Gerade aber, daß gesagt wird, der juristische Besitz sei non tantum corporis, sed et juris, beweist wiederum, daß er in den Augen Papinians kein Recht ist; von einem Recht könnte so unmöglich gesprochen werden.

Dagegen wird er in den Quellen auch nirgends als reines Faktum bezeichnet. Wenn in L. 1 §. 3 de poss. in Beziehung auf den Besitzerwerb eines Pupillen gesagt wird, eam rem facti non juris esse, so ist unter »ea res« nicht die possessio, sondern das »possidere incipere posse«, wovon vorher die Rede ist, zu verstehen: „die Möglichkeit des Erwerbs der possessio ist — die Rechtsfähigkeit der Person und der Sache sowie hier, vorausgesetzt, — eine von Rechtsregeln ganz unabhängige Sache."

Zu welcher Klasse das Recht des jus possessionis gehöre, kann nach unserer Auffassung desselben deshalb nicht gefragt werden, weil es nach dieser nur ein Inbegriff verschieden-

artiger, für den Besitzer günstiger Rechtswirkungen des Besitzes, und als solcher nicht ein Recht in der Bedeutung ist, welche dieser Ausdruck hat, wenn wir von Klassen der Rechte sprechen. Es läßt sich nach unserer Auffassung jener Rechtswirkungen nur fragen, an welchen Ort des Rechtssystems die Lehre vom juristischen Besitz gehöre. Darauf aber ist zu antworten: weil nach unserem Dafürhalten die rechtliche Bedeutung des juristischen Besitzes ganz auf die Beziehungen zwischen Besitz und Eigentum zurückzuführen ist, gehört die Lehre vom Recht des Besitzes in die Lehre vom Eigentumsrecht.

Unrichtig aber ist es, den Besitz selbst ein Element des Eigentums zu nennen. Das ist nur das Recht zu besitzen. Weil das Eigentum reines Recht, der Besitz aber an sich reines Faktum ist, kann er nicht ein Element, sondern nur regelmäßiger Begleiter oder Erscheinung des Eigentums sein.

§. 8.

Possessio plurium in solidum.

Wenn unter possessio der Besitz als natürliche Thatsache oder der juristische Besitz verstanden wird, insofern er nur ein juristisch determinierter natürlicher Besitz ist, so erscheint der uns in den Quellen wiederholt begegnende Satz: plures eandem rem in solidum possidere non possunt, lediglich als ein analytisches Urteil, welches von seinem Subjekt bloß etwas aussagt, das schon in seinem Begriff selbst enthalten ist. Es können nach dem Begriff des Besitzes als natürlicher Thatsache, wie schon oben S. 6 bemerkt wurde, mehrere Personen dieselbe Sache gleichzeitig besitzen, wenn von ihnen gemeinsam eine Regel für den Umfang der Einwirkung eines jeden Einzelnen auf die Sache anerkannt ist; dann besitzen sie die Sache mit einander pro certis partibus in der Weise, wie sie im 1. Heft dieser „weiteren Beiträge" S. 36 ff. dargelegt worden ist; in solidum aber, d. h. ohne solche gegenseitige Beschränkung in der Handhabung des Besitzes können Mehrere dieselbe Sache nicht wirklich gleichzeitig besitzen; eben dadurch, daß jemand eine Sache in solidum wirklich besitzt, ist von selbst die Möglichkeit, daß sie ein Anderer ebenfalls besitze, ausgeschlossen.

Nun kann freilich, wie S. 37 bemerkt wurde, der juristische Besitz auch ein fingierter sein; und dann kann sehr wohl neben ihm der wirkliche Besitz eines Andern hergehen, aber eben dieser kann dann nicht juristischer Besitz, nicht possessio sein, wenn das Verhältnis einer andern Person zur Sache als possessio gelten soll, ohne es wirklich zu sein. Auch hieraus also ließe es sich nicht erklären, daß unter den römischen Juristen darüber gestritten werden konnte, ob die Unmöglichkeit einer possessio plurium in solidum unbedingte Geltung habe oder nicht. Und doch war nicht nur dieses wirklich der Fall, sondern auch in der Justinianischen Gesetzgebung finden wir neben einer — wenigstens scheinbaren — Anerkennung des Satzes: plures eandem rem in solidum possidere non possunt als eines ausnahmslos geltenden, in mehreren einzelnen Gattungen von Fällen ganz unzweideutig das gleichzeitige Nebeneinanderbestehen zweier juristischer Besitzer derselben Sache anerkannt, ohne daß jeder sie nur pro parte certa besäße. So stehen wir hier einem Rätsel gegenüber, das wir zu lösen uns bemühen müssen. Die von Savigny versuchte Lösung desselben ist schon deshalb wenig befriedigend, weil sie auf der Annahme eines schwer begreiflichen Versehens der Kompilatoren beruht, welche die Digesten abgefaßt haben. Es wird sich aber zeigen, daß es auch durch diese Annahme noch gar nicht wirklich gelöst wäre.

Savigny betrachtet (§. 11) als die „entscheidende" Stelle L. 3 §. 5 de poss., worin Paulus sagt:

> Plures eandem rem in solidum possidere non possunt: contra naturam quippe est, ut, cum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris. Sabinus tamen scribit, eum qui precario dederit et ipsum possidere et eum qui precario acceperit. idem Trebatius probabat, existimans posse alium juste alium injuste possidere, duos injuste vel duos juste possidere non posse, quem Labeo reprehendit, quoniam in summa possessionis non multum interest, juste quis an injuste possideat: quod est verius; non magis enim eadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu stare videaris in eo

loco, in quo ego sto, vel in quo ego sedeo, tu sedere videaris.

Daß ſich die hier angeführte Meinung des Trebatius zu der des Sabinus in Beziehung auf das precarium ſo verhalten habe, wie Savigny (§. 11) annimmt, ſcheint mir ſehr zweifelhaft. Sabinus ſoll ſchlechthin dabei Doppelbeſitz angenommen haben, Trebatius nur dann, wenn der Beſitz des Prekariſten durch Verweigerung der Rückgabe injusta possessio geworden ſei. Paulus ſpricht von unbedingter, nicht bedingter Billigung der Meinung des Sabinus durch Trebatius, und es kann ſehr wohl der Beſitz des Prekariſten immer als injusta possessio betrachtet werden, weil die Behauptung dieſer possessio dem precario dans gegenüber ſtets ein Unrecht iſt. Daß Gajus (in L. 13 §. 1 de Publ. 6, 2) und ebenſo Julian (in L. 19 pr. de precario 43, 26) ſie als justa possessio bezeichnen, was ja guten Grund hat, inſofern ſie ein vom Eigentümer verſtatteter Beſitz iſt, macht es nicht undenkbar, daß Trebatius ſie in dem vorhin angegebenen relativen Sinne für eine injusta possessio hielt. Nehmen wir aber dies an, ſo wollte Trebatius die Meinung von Sabinus nur aus dem allgemeinen Grunde rechtfertigen, daß eine injusta possessio neben einer justa possessio denkbar ſei (wie dies offenbar auch Julians Anſicht a. a. O. war). Gerade aber dieſe Begründung der Möglichkeit einer possessio plurium in solidum wurde von Labeo und Paulus mit Recht deshalb getadelt, weil es beim juriſtiſchen Beſitz überhaupt auf Rechtmäßigkeit oder Unrechtmäßigkeit nicht ankommt, ſondern eben nur auf die Thatſache ſelbſt; die Thatſache des Beſitzes aber iſt, wie Paulus ganz richtig wiederholt bemerkt, nur als Beſitz einer Perſon, nicht mehrerer zugleich möglich, wenn er possessio in solidum ſein ſoll.

Nur von der Thatſache des Beſitzes aber ſprechen auch Celſus und Ulpian in L. 5 §. 15 commodati (13, 5), wenn ſie hier beide (Ulpian, indem er den Ausſpruch von Celſus ſich aneignet) die possessio plurium in solidum für ſchlechthin unmöglich erklären.

Bleibt man nun aber dabei ſtehen, daß man ſagt: die possessio plurium in solidum iſt ſchlechthin unmöglich, weil

sie als natürliche Thatsache unmöglich ist, und soll deshalb die possessio plurium in solidum auch für das Justinianische Recht als schlechthin unmöglich gelten, so hilft es nichts, mit Savigny anzunehmen, daß bloß in L. 15 de precario der §. 4 aus Versehen in die Digesten aufgenommen worden sei, welcher mit größter Bestimmtheit es als geltenden Rechtssatz darstellt, daß der precario dans possessor bleibe, trotzdem, daß der precario rogans es werde, sondern es müssen dann auch diejenigen Stellen der Pandekten als aus Versehen aufgenommen betrachtet werden, welche sagen, daß gleichzeitig der Faustpfandgeber (ad usucapionem) und der Faustpfandgläubiger (ad reliquas omnes causas, insbesondere ad interdicta) besitze — welchen aber Savigny selbst unzweifelhafte Geltung auch für das heutige Recht zuerkennt —; denn das ist ja auch eine possessio plurium in solidum, die aus dem von Paulus angegebenen Grunde ebenso unmöglich sein müßte wie die gleichzeitige possessio des precario dans und des precario rogans.

Ich glaube, gerade von diesen Stellen aus, die im folgenden Paragraphen noch näher zu betrachten sein werden, ist die befriedigende Lösung des Rätsels zu gewinnen.

Wir begegnen hier nämlich einem gleichzeitigen juristischen Besitz zweier verschiedener Subjekte, der deshalb augenscheinlich möglich ist, weil er für jeden derselben verschiedene, mit einander verträgliche Rechtswirkungen hat. Es wird also als die wahre Meinung der Justinianischen Gesetzgebung zu betrachten sein: unter dieser Voraussetzung (und sie trifft, wie wir sehen werden, auch für das in L. 15 §. 4 de precario gesagte zu) ist eine possessio duorum in solidum wohl möglich; nur als Thatsache des Besitzes und folglich im allgemeinen ist sie nicht möglich.

Dann ist sie aber auch so möglich, daß bei Grundstücken die clandestina possessio als juristischer Besitz adversus ceteros durch die possessorischen Interdikte geschützt wird (ebenso wie die violenta und precaria possessio), obgleich hier auch die possessio des bisherigen juristischen Besitzers nach dem neueren Recht noch als fortdauernd betrachtet wird, und wir können Ulpians Ausspruch in L. 1 §. 9 uti possidetis:

si quis possidet vi aut clam aut precario, si quidem ab alio, prodest ei possessio im vollsten Sinne des Wortes prodest nehmen, ohne dem Nebengedanken Raum zu geben, wer clam ein Grundstück besitze, besitze es nur thatsächlich, nicht juristisch. Bruns (Besitzklagen S. 143) sagt m. E. ganz mit Recht, es wäre „Unsinn", dem clandestinus possessor den Besitzschutz Dritten gegenüber zu versagen; wenn er sagt, es wäre dies „logisch, aber Unsinn", so kann ich dies, daß es „logisch" wäre, nur insofern zugeben, als es wegen der logischen Unmöglichkeit einer possessio plurium in solidum als Thatsache des Besitzes logisch zu sein scheint; was Unsinn ist, kann nicht zugleich wirklich logisch sein.

Daß es in L. 3 pr. uti possidetis Ulpians Absicht gewesen sei, die Annahme einer possessio plurium in solidum als absurd darzustellen und damit schlechthin für verwerflich zu erklären, wie meist angenommen wird, scheint mir jedenfalls höchst zweifelhaft. Er untersucht nur, wie sich in einem Fall derselben der Ausgang des durch das interdictum uti possidetis eingeleiteten Prozesses gestalten würde, und findet, daß so wie er den Fall als angenommen vorstellt, keiner der beiden streitenden Teile daraus als Sieger hervorgehen würde. Es fragt sich aber sehr, ob dies als eine absurde Folge der possessio plurium in solidum anzusehen wäre.

Der Fall ist so zu denken: A ist justus possessor eines Grundstücks. Es wird in seiner Abwesenheit, und ohne daß er einen Besitzvermittler hat, von B heimlich in Besitz genommen, dann aber setzt sich C mit Verheimlichung seiner Besitzergreifung vor B oder durch Dejektion des B in den Besitz des Grundstücks, ohne daß A bis jetzt von der Besitzergreifung des B oder des C etwas erfahren hat, so daß er also noch als juristischer Besitzer des Grundstücks gelten muß. Nachdem er erfährt, daß C in dem Besitz desselben ist, läßt er es nicht darauf ankommen, ob C sich seiner Rückkehr auf das Grundstück mit Gewalt widersetzen werde, gibt aber auch seinen Besitzwillen nicht auf, sondern geht den Prätor um Erlassung des interdictum uti possidetis zwischen ihm und C an. Im judicium wird sich ergeben, daß beide als juristische Besitzer anzuerkennen sind, und daß auch C nicht von A den Besitz clam oder vi an

sich gebracht habe, weil er ja ihn weder mittelst einer vis atrox gegen A, noch mit Verheimlichung vor diesem an sich gebracht hat. Es kann also auch weder erkannt werden, daß die vis ex conventu von Seiten des B, noch daß sie von Seiten des A contra edictum erfolgt sei, und es wird insofern keiner der beiden Teile unterliegen (neuter vincetur).

Aber es ist auch nicht notwendig dieses der Ausgang des Prozesses nach dem interdictum uti possidetis, daß einer oder der andere in jenem Sinne siege. Thatsächlich wird doch einer dabei siegen, nämlich der, welcher durch die fructuum licitatio Besitzer geworden ist. Dieser wird eben darum, weil keiner superior interdicto ist, im Besitz bleiben.

Nach Justinianischem (und heutigem) Recht würde in einem solchen Falle die Besitzklage des A, da der Besitzprozeß nach diesem Recht nicht mehr ein duplex judicium ist, m. E. nach dem Grundsatze, daß in pari causa possessor (d. h. der thatsächliche Besitzer) potior habendus est, schlechthin abzuweisen sein. Auch darin aber läge keine absurde Folge der possessio plurium in solidum. Wir werden darauf später zurückkommen.

Erst nach diesen Ausführungen über das jus possessionis und die possessio plurium in solidum aber scheint es mir nun am Ort, auf die Lehre vom s. g. abgeleiteten Besitz näher einzugehen, die ich oben nur berührt habe.

§. 9.

Der sog. abgeleitete juristische Besitz.

Bei einigen Rechtsverhältnissen wird im römischen Recht für die possessorischen Interdikte ein Besitz, der als Eigentumsausübung Besitz in fremdem Namen ist, als juristischer Besitz behandelt. Savigny hat dieser besonderen Art des juristischen Besitzes gemäß der Erklärung, durch welche er ihn begreiflich zu machen suchte, den Namen des „abgeleiteten" juristischen Besitzes gegeben, der seither ziemlich allgemein üblich geworden ist. Brinz hat dafür den Namen: „anvertrauter" Besitz einzuführen gesucht.

Die m. E. sicheren Fälle dieses Besitzes sind der des Faustpfandgläubigers, des Prekaristen, wenn das Pre-

karium eine Sache als solche zum Gegenstand hat, und des eigentlichen Sequesters. Gegenstand des Zweifels kann es sein, ob der Emphyteuta einen Besitz solcher Art, oder nur eine quasi-possessio hat, wie dies beim Superficiar m. E. unzweifelhaft der Fall ist.

Savignys Auffassung dieser Fälle wäre nach meiner Überzeugung unanfechtbar, wenn der Besitz in seiner Aktualität, d. h. in seiner fortgehenden Bethätigung lediglich als „Ausübung des Eigentums" anzusehen wäre. Die Sacheninhaber wollen in jenen Fällen durch die Handhabung ihres natürlichen Besitzes fremdes Eigentum als fremdes, nicht als eigenes ausüben, und diejenigen, welche ihnen die Sachen in Besitz geben, wollen fortwährend ihr wirkliches oder vermeintliches Eigentumsrecht durch sie ausüben; jene haben nicht den animus domini, sofern dieser den Willen bedeutet, wie ein Eigentümer zu besitzen; diese geben den animus domini in diesem Sinn nicht auf. Sie bleiben also im Grunde possessores, jene werden es nicht, und wenn nun dennoch den Sacheninhabern das jus possessionis (das Recht auf die possessorischen Interdikte) zugeschrieben, denjenigen, von welchen sie den Besitz erhalten haben, abgesprochen wird, so kann dieses, den ersteren beigelegte jus possessionis nur als Ausfluß der eigentlich bei den Besitztradenten bleibenden possessio angesehen werden; das daran geknüpfte jus possessionis ist das ursprüngliche, das hier an den stellvertretenden Besitz geknüpfte, ein abgeleitetes. Man darf dann nur noch weiter annehmen, daß hier dieser stellvertretende Besitz bloß deshalb possessio heißt, weil das jus possessionis mit ihm verbunden ist, und es ist vollkommen gerechtfertigt, diese possessio der fraglichen Besitzstellvertreter als abgeleiteten Besitz zu bezeichnen. Die wahren possessores werden nicht mehr als solche betrachtet, weil sie das jus possessionis nicht mehr haben. Aber die in Wahrheit bei ihnen bleibende possessio ist diejenige ursprüngliche possessio, aus welcher die wegen des jus possessionis angenommene possessio ihrer Besitzstellvertreter abgeleitet werden muß. — Nur müßte diese Theorie immerhin deswegen als bedenklich erscheinen, weil in den Quellen dieser sogenannte abgeleitete Besitz durchweg schlechthin als possessio, nirgends

als eine Abart von possessio bezeichnet wird, und weil sich doch eine Ablösung des jus possessionis von der possessio selbst schwer denken läßt.

Savignys Theorie vom abgeleiteten Besitz steht und fällt mit der Voraussetzung, daß der Besitz nur als Eigentumsausübung anzusehen und deshalb der für den juristischen Besitz charakteristische Wille notwendig animus domini ist.

Aber gerade diese Voraussetzung halte ich für anfechtbar, insofern sie als eine das römische Besitzrecht durchaus beherrschende gelten soll. Ich glaube, daß dieses in seiner weiteren Entwicklung mittelst Einführung und Ausbildung eines selbständigen Besitzschutzes vorzugsweise durch die Anschauung des juristischen Besitzes als rein thatsächlicher, nicht notwendig Eigentumsausübung bedeutender Herrschaft über die Sache bestimmt worden ist, für welche dann nur die Selbständigkeit des Besitzwillens maßgebend ist, und zwar eine solche, mit welcher sich bereitwillige, rückhaltslose Anerkennung fremden Eigentums wohl verträgt, die aber ebendeshalb auch eine solche gleichzeitige possessio eines Andern, welche nur Ausübung des Eigentums als eigenen, oder als wäre es eigenes, bedeutet, nicht ausschließt. Hieraus würde es sich dann sofort auch erklären, warum in den Fällen des sog. abgeleiteten Besitzes — mit der einzigen besonders zu erklärenden, aber auch leicht erklärlichen Ausnahme der possessio des eigentlichen Sequesters — neben der possessio ad interdicta des thatsächlichen Besitzers eine possessio ad usucapionem des Besitztradenten hergeht, also in den Hauptfällen des sog. abgeleiteten Besitzes insofern jedenfalls possessio duorum in solidum stattfindet.

Bei der Usucapion, der frühesten rechtlichen Wirkung des Besitzes als eines anhaltenden selbständigen Zustandes kommt der Besitz ganz als usus, d. h. als in dem fortgesetzten Gebrauch der Sache sich bethätigende Ausübung des Eigentumsrechts in Betracht, bei den Interdikten dagegen, der neueren Besitzwirkung, als rein thatsächliche Herrschaft, mit völligem Absehen davon, daß er — in seiner Aktualität — auch als Ausübung des Eigentumsrechts angesehen werden kann. Wenn gesagt wird (L. 16 de usurp.), der Faustpfandgläubiger besitzt im e. S. ad reliquas omnes causas, der Faustpfandgeber ad

usucapionem tantum, so könnte das nach meiner Meinung auch so ausgedrückt werden: insofern nach der neueren, freieren Anschauung beim juristischen Besitz von seiner Bedeutung als Ausübung des Eigentumsrechts ganz abgesehen wird, ist nur der Gläubiger, nicht der Pfandgeber, juristischer Besitzer, aber in Beziehung auf die Usucapion ist, weil für sie der Besitz als Ausübung des Eigentumsrechts in Betracht kommt, und diese Betrachtungsweise des Besitzes immer auch noch ihr gutes Recht hat, der Verpfänder fortwährend juristischer Besitzer neben dem Gläubiger.

Halten wir uns ganz und streng an die Betrachtung des Besitzes als Eigentumsausübung, so ist Besitz in eigenem Namen nichts anderes, als entweder Ausübung eigenen Eigentumsrechts oder Ausübung fremden Eigentumsrechts, als wenn es das eigene wäre, und Besitz in fremden Namen ist nichts anderes, als Ausübung fremden Eigentumsrechts als fremden, mit bereitwilliger Anerkennung, daß es Eigentumsrecht eines Anderen ist. Es fällt dann aller Unterschied zwischen denjenigen, welche vermöge ganz verschiedener Rechtsverhältnisse fremde Sachen in ihren Händen haben, völlig weg. Güterverwalter, Depositare, Mieter, Usufruktuare, die als solche fremde Sachen in Händen haben, sind in vollkommen gleicher Weise Besitzer derselben in fremden Namen; daß nur die zuerst genannten lediglich zur Aufrechterhaltung fremden Besitzes, die zwei zuletzt genannten teilweise zum Behufe der Ausübung eigener obligatorischer oder selbst dinglicher Rechte besitzen, kommt dabei nicht in Betracht, sowie umgekehrt es bei dem Besitz derjenigen, welche Sachen vermöge einer fiducia cum amico oder creditore contracta besitzen, nicht in Betracht kommt, daß sie ganz oder doch teilweise zu Gunsten Anderer besitzen: weil sie Eigentümer sind, sind sie schlechthin Besitzer in eigenem Namen.

Geben wir dagegen der Betrachtungsweise des Besitzes Raum, wornach er einfach als thatsächliche Herrschaft über die Sache, d. h. als thatsächliche Möglichkeit der körperlichen Einwirkung auf sie zu beliebigen Zwecken erscheint, ohne alle Beziehung auf die dadurch vor sich gehende Ausübung von Eigentumsrechten, so kommt es für den Unterschied zwischen Besitz in eigenem und Besitz in fremdem Namen darauf an, ob der

Sachinhaber seine thatsächliche Herrschaft über die Sache zur beständigen Verwirklichung des eigenen oder eines fremden Willens zu handhaben beabsichtigt. Der Besitz des Usufruktuars stellt sich uns dann nur im ganzen als Besitz in fremden Namen dar, in dem bestimmt begrenzten Umfang aber, in welchem er ihn für das uti und frui braucht, als Besitz in eigenem Namen. Dagegen müßte der Besitz des Depositars, welcher fiduciarisches Eigentum hat, sich uns ganz als Besitz in fremdem Namen darstellen, wenn dem nicht im Weg stünde, daß dann der Deponent durch die formelle Übertragung des Eigentums auf ihn zugleich seinen Besitzwillen ganz aufgibt und dadurch der Depositar zu einem selbständigen Besitzwillen so zu sagen genötigt ist; denn um meinen Besitzwillen in den Dienst des Besitzwillens eines Andern stellen zu wollen, muß ein solcher wirklich gegenwärtig vorhanden sein.

Hiermit stoßen wir nun sofort auf den Grund, weshalb von dem eigentlichen Sequester gesagt werden kann, daß er, obwohl fremdes Eigentumsrecht als fremdes ausübend, doch mit selbständigem Besitzwillen und also in eigenem Namen oder m. a. W. juristisch besitze, possessor sei.

L. 17 §. 1 depositi sagt:

> Rei depositae proprietas apud deponentem manet: sed et possessio, nisi apud sequestrem deposita est: nam tum demum sequester possidet. id enim agitur ea depositione, ut neutrius possessioni id tempus procedat.

Die Worte tum demum sind hier, wie ich glaube, nicht zu übersetzen: „erst dann", sondern „gerade[1]) dann". Und unter einem Sequester wird hier, wie sich aus dem vorausgehenden Inhalt dieses Fragments ergiebt, ein eigentlicher Sequester verstanden, nämlich insbesondere ein solcher, welchem für die Dauer eines Rechtsstreits über eine Sache, diese gemeinsam von beiden Parteien in seine Obhut gegeben wird. Dann ist gegen die für das Depositum geltende Regel gerade der Depositar als solcher Sequester der eigentliche Besitzer, und bleibt der Be-

1) Vgl. über diese Bedeutung von demum Georges lateinisch-deutsches Handwörterbuch s. v. Lit. B. Es könnte auch in §. 7 J. de nupt. (1, 10) demum so zu übersetzen sein.

sitz nicht bei den Deponenten, denn das ist die wahre Absicht bei dieser Hinterlegung, daß die Zeit, während welcher die Sache bei dem Depositar ist, dem Besitze keiner der beiden Parteien zu gute kommen, d. h. eben sein Besitz nicht als Ausübung des Eigentums für sie gelten soll.

Auf diese Absicht der Deposition einer Sache bei einem Sequester legt auch L. 39 de poss. das Hauptgewicht für die Frage, ob der eigentliche Besitz bei den Deponenten bleibt, oder auf den Depositar übergeht.

> Interesse puto, heißt es hier, qua mente apud sequestrum deponitur res, nam si omittendae possessionis causa, et hoc aperte fuerit approbatum, ad usucapionem possessio ejus partibus non procederet: at si custodae causa deponatur, ad usucapionem eam possessionem victori procedere constat.

Es kann bei einem Sequester eine Sache auch außerhalb eines Rechtsstreits darüber deponiert werden und dann versteht es sich nicht von selbst, wie bei der Sequestration für die Dauer eines Rechtsstreits, daß er eigentlicher Besitzer ist. Es muß dann bewiesen werden können, daß die Sache nicht bloß ihrer Sicherung wegen bei dem Sequester hinterlegt wird, sondern damit der Besitz von den Deponenten (als Eigentumsausübung) ganz aufgegeben, auch von dem Sequester nicht für sie verwaltet werde. Und eben deswegen soll auch für die Usucapion seine Besitzzeit dem Sieger nichts nützen.

Also das ist der Grund, weshalb der Besitz des eigentlichen Sequesters als juristischer Besitz gilt, daß durch ihn durchaus nicht fremdes (wirkliches oder nur vermeintliches) Eigentum ausgeübt werden soll, und er deshalb notwendig mit selbständigen Besitzwillen besitzt. Er ist possessor, weil die Deponenten selbst nicht durch ihn besitzen wollen. Es gibt hier keine aliena possessio cui praestet ministerium. Als Bewahrungsmacht hat der eigentliche Sequester den Besitz so unabhängig von dem Willen beider Deponenten zu handhaben, daß er sie als solche sogar wider einen jeden derselben zu handhaben berechtigt und verpflichtet wäre.

Nur ähnlich, aber doch zugleich auch wieder wesentlich anders verhält es sich mit dem Besitz des Faustpfandgläubigers.

Man kann nicht sagen, daß in Gemäßheit des Sinnes, welchen der contractus pigueraticius hat, der Verpfänder seinerseits es völlig aufgebe, durch den Gläubiger seinen Besitz fortzusetzen; für die Usucapion, d. h. eben für den Erwerb des Eigentums durch fortgesetzte Ausübung dieses Rechts, will er seinen Besitz durch den Gläubiger fortsetzen. Wohl aber liegt es im Sinne des Geschäfts, daß der Gläubiger, obgleich er bloß den Besitz, nicht das Eigentum des Pfandes erhält, diesen doch als Bewahrungsmacht mit ebenso selbständigem Willen handhaben soll, wie wenn ihm durch fiducia auch das Eigentum des Pfandes gegeben wäre. Als Bewahrungsmacht soll der Faustpfandgläubiger den Besitz auch wider den Verpfänder selbst handhaben dürfen. Insofern ist nicht er Verwalter fremden Besitzes, sondern wenn er kraft eines precarium oder eines Mietvertrags dem Verpfänder den körperlichen Besitz der Sache läßt oder überträgt, ist dieser Verwalter des Besitzes für den Gläubiger. [2]) Der Zweck des Faustpfandvertrags geht, kann man sagen, gerade darin auf, daß der Gläubiger den Besitz der Sache als Bewahrungsmacht zu seiner Sicherung in eigenem, nicht in fremdem Namen haben soll, mit selbständigem, nicht dem des Verpfänders sich unterordnenden Willen. Es hat sogar der Faustpfandgläubiger nicht nur ein jus possessionis, sondern ein absolutes, d. h. auch dem Verpfänder gegenüber geltendes jus possidendi, und eben dieses ist der wesentliche Inhalt seines Pfandrechts.

Auch bei dem Prekarium, das eine Sache als solche zum Gegenstand hat, kann man durchaus nicht sagen, daß der precario dans seinen juristischen Besitz als Mittel der Eigentumsausübung schlechthin aufgeben wolle; sein wirkliches oder vermeintliches Eigentumsrecht will er unstreitig durch den Prekaristen auszuüben fortfahren; es ist in diesem Sinn ganz richtig, wenn Pomponius in L. 15 §. 4 de precario von dem Eigentümer, der eine Sache precario einem Andern gegeben hat, sagt: non discessit animo possessione. Aber doch ist es der

2) Si pignus mihi traditum locassem domino, per locationem retineo possessionem: quia antequam conduceret debitor, non fuerit ejus possessio, cum et animus mihi retinendi sit, et conducenti non sit animus possessionem apiscendi. L. 37 de pign. act. (13, 6).

wesentliche Sinn dieses Prekariums, daß der Prekarist die thatsächliche Herrschaft über die Sache, und zwar nicht nur als Bewahrungs-, sondern auch als Gebrauchsmacht zu selbständiger Handhabung erhalten soll. Gerade weil er keinerlei Recht auf den Gebrauch der Sache erhalten soll, nicht einmal ein obligatorisches, wie der Pächter und in einem gewissen Sinne selbst der Commodatar, soll er die volle thatsächliche Herrschaft über die Sache als eine, in eigenem Namen, selbständig zu handhabende bekommen. Nicht als eine bloße Folge des Prekariums, sondern geradezu als dessen wesentlicher Zweck wird es in L. 2 §. 3 de precario bezeichnet, daß der Prekarist im eigentlichen, juristischen Sinn besitze:

> Habere precario videtur, qui possessionem vel corporis vel juris adeptus est ex hac sollummodo causa, quod preces adhibuit, ut sibi possidere aut uti liceat.

Es kann das Prekarium eine Sache oder ein jus, d. h. ein jus in re, wie namentlich eine Servitut zum Gegenstand haben. So wenig er dadurch im zweiten Fall das Servitutrecht erhält, so wenig erhält er im ersten Fall die Sache zu eigen. Aber wie er in jenem die Servitut ganz selbständig, wie ein ihm zustehendes Recht soll ausüben dürfen (uti), so soll er im ersten Fall die Sache besitzen, d. h. die thatsächliche Herrschaft darüber in eigenem Namen, selbständig haben; selbst mit Ausschließung des precario dans, solange dieser das Prekarium nicht zurücknimmt. Behaupten kann er seine Herrschaft über die Sache nicht wider den kundgegebenen Willen des precario dans; aber dieser will sich eben selbst durch ihn von der thatsächlichen Herrschaft über die Sache ganz ausschließen lassen, solange er das Prekarium nicht widerruft.

Es ist nicht genau richtig, wenn man sagt, der Prekarist habe nur regelmäßig den juristischen Besitz, ausnahmsweise bloß den natürlichen Besitz. Man übersieht dabei, daß in Beziehung auf den eigentlichen Gegenstand drei Arten des Prekariums zu unterscheiden sind: eine, welche eine Sache in ihrer Totalität, eine andere, welche einen bestimmten Gebrauch derselben oder das Recht darauf, und eine dritte, welche gar nicht eigentlich die Sache, sondern nur das Innehaben der Sache,

bezw. den Aufenthalt auf einem Grundstücke (das morari in fundo) zum Gegenstand hat. Bei jenen beiden Hauptarten kann nicht durch Parteiwillkür etwas anderes bestimmt werden, als daß der Empfänger possessor der Sache oder quasipossessor des Rechts sei. Nur wo nicht sowohl eine Sache selbst, bezw. das Haben derselben, sondern das bloße in possessione verstattet wird, ist eben deshalb der Prekarist nicht juristischer Besitzer. Man würde richtiger sagen: der Prekarist hat beim regelmäßigen Sachen-Prekarium immer juristischen Besitz, als der Prekarist hat regelmäßig den juristischen Besitz. Daß ihm nicht sowohl die Sache selbst, als das bloße Inhaben der Sache gegeben wird, ist namentlich dann der Fall, wenn das Faustpfand dem Verpfänder precario gelassen oder zurückgegeben wird. Es ist ein falscher Ausdruck, wenn Savigny sagt, es werde hierbei präsummiert, daß der Verpfänder die bloße Detention haben solle: er kann durch jenes precarium gar nichts anderes bekommen sollen; ein precarium wodurch dem Verpfänder die Sache zu juristischem Besitz überlassen würde, wäre völlige Aufhebung des contractus pigneratitius.

Ebenso würde dem Pächter gegenüber ein solches precarium völlige Aufhebung des Pachtvertrags sein, weil dadurch die Verbindlichkeit des Verpächters, dem Pächter das frui licere die verabredete Pachtzeit hindurch zu gewähren, aufgelöst und in eine bloße, jeden Augenblick wieder zurückzuziehende Vergünstigung umgewandelt würde. Aber auch die prekäre Verstattung des in possessione esse scheint mit dem Pachtvertrag unvereinbar zu sein; denn auch darauf hat ja, sollte man denken, immer der Pächter ein Recht für die ganze Pachtzeit. Wie ist es daher zu erklären, wenn in L. 10 §. 1 de possessione gesagt wird:

> Pomponius bellisime temptat dicere, numquid qui conducerit quidem praedium, precario autem ragavit, non ut possideret, set in possessione esset? — — quod si factum est, utrumque procedit.

Ich glaube, man muß sich hierbei einen Pachtvertrag vorstellen, kraft dessen der Pächter das Grundstück nur von außen her, von seinem Wohnsitze aus soll bebauen dürfen; wird ihm dann precario verstattet, sich auf dem Grundstück niederzulassen,

seinen Aufenthalt in dem Prädium zu nehmen, so wird ihm damit nicht ein Recht entzogen oder geschmälert, das er schon hat, sondern etwas widerruflich erlaubt, worauf er kraft des Pachtvertrags kein Recht hat. Das in possessione esse wird hier gleichbedeutend sein mit dem morari in fundo, wovon in L. 6 §. 2 de precario die Rede ist.

Daß, wenn eine Sache precario utenda conceditur (nicht die Sache in possessione zu haben), es der wesentliche Sinn dieses Verstattens ist, daß der Prekarist nicht im Namen des precario concedens die Sache gebrauchen soll, sondern in eigenem Namen, selbständig, als thatsächlicher Herr der Sache, ergibt sich auch aus der öfters wiederkehrenden Bezeichnung des Prekariums als einer Art von Schenkung, während das Geben des jus utendi fruendi niemals als eine Art von Schenkung bezeichnet wird.

Distat, sagt Ulpian in L. 1 §. 2 de precario (precarium) a donatione eo, quod qui donat, sic dat, ne recipiat, at qui precario concedit, sic dat quasi tunc recepturus, cum sibi libuerit precarium solvere. D. h. es ist das Prekarium einer Sache ebenso ein Geben der Sache, wie es die rei donatio ist, mit dem einzigen Unterschied, daß bei der Schenkung (wenn dabei nicht etwas anderes ausgemacht ist) gegeben wird, um das Gegebene nie wieder zurück zu bekommen, bei dem Prekarium, um es bei beliebiger Lösung desselben wieder zurück zu erhalten. Dann fährt der Jurist (im §. 3) fort: Et est simile commodato: nam et qui commodat rem, sic commodat, non ut faciat rem accipientis, sed ut ei uti re commodata permittat. Hinsichtlich des Umfangs des Gebrauchs kann Ulpian das Prekarium dem Commodat nicht gleichstellen wollen; denn dieser ist ja bei jenem viel größer, als bei diesem. Er stellt das Prekarium dem Commodat nur gleich in Beziehung auf den Vorbehalt des Eigentumsrechts, worin dann umgekehrt der alleinige Unterschied des Prekariums von der Schenkung besteht. Die beiden Vergleichungen zusammen sollen also sagen: das Prekarium ist eine Schenkung ohne Übertragung des Eigentumsrechts, welche letztere, wenn sie nicht (wie es bei der mortis causa donatio geschehen kann), mit einer Resolutivbedingung verbunden wird, die Absicht

des Zurückbekommens schlechthin ausschließen würde, und insofern, als diese Absicht doch dem Prekarium anhaftet, läßt sich derselbe andererseits mit dem Commodat vergleichen. Nur insofern der Besitz als Ausübung des Eigentumsrechts erscheint, ist daher der Besitz des Prekaristen Besitz in frembem Namen; sofern er nicht als Ausübung des Eigentumsrechts in Betracht kommt, ist er Besitz in eigenem Namen und also possessio, weil, genau besehen, das Prekarium eigentlich nichts anderes als eine ganz willkürlich widerrufliche Schenkung sein soll.

Daß dagegen der Besitz des Prekaristen, wo er als Ausübung des Eigentumsrechts in Betracht kommt, ebenso nur als Verwaltung fremden Besitzes gelten soll, wie die possessio des Faustpfandgläubigers in Beziehung auf Usucapion, ergibt sich aus L. 1 §. 11 de itinere actuque privato (43, 19), worin Ulpian schreibt:

> Si tibi fundum precario concessero cui via debebatur, deinde tu a domino fundi precario rogaveris, ut ea via ad eum fundum utaris: an noceat tibi exceptio, si adversus eum velis interdicere, a quo precario rogaveris? et magis est, ut noceat. idque colligi potest ex eo, quod Julianus scribit in specie hujusmodi: quaerit enim, si ego tibi fundum precario dedero, cui via debebatur, et tu precario rogaveris, ut ea via utaris: nihilominus utile interdictum mihi esse, quia sicuti me precarium rei meae non tenet, ita nec per te precario possidere intellegor: quotiens enim colonus meus aut is, cui fundum precario dedi, via utitur, ego ire intellegor, propter quod et recte dico, me itinere usum. quae ratio, inquit, efficit, ut et, si ego viam precario rogavero et tibi fundum precario dedero, quamvis hac mente ieris, quasi fundo meo debeatur, inutile esset interdictum et precario eo itinere usus esse videar, non immerito: non enim opinio tua, sed mea quaerenda est, tu tamen credo, poteris interdicto uti, etsi de hoc nihil scribat Julianus.

In erster Reihe nehmen hier unsere Aufmerksamkeit Julians Erörterungen in Anspruch, auf welche Ulpian seine Behauptungen stützt.

Jene Erörterungen betreffen die Frage, ob wenn jemand einem Andern ein Grundstück precario überlassen habe, welchem eine Weggerechtigkeit zusteht, und jener Andere vom Eigentümer des dienenden Grundstücks sich die Ausübung dieser Weggerechtigkeit habe precario verstatten lassen, der Eigentümer des herrschenden Grundstücks das interdictum de itinere mit Erfolg anstellen könne? Als fraglich betrachtet dies Julian offenbar zunächst insofern, als der Eigentümer des dienenden Grundstücks seiner Klage die Einrede könnte entgegen setzen wollen, die Ausübung der Servitut habe precario stattgefunden, der Quasibesitz der Servitut, auf den sich der Kläger stütze, sei ein prekärer, also ein mangelhafter. Diesem vorausgesetzten Einwand hält Julian entgegen: ebenso, wie das precarium einer eigenen Sache den Eigentümer derselben nicht binde, könne auch der Quasibesitz einer dem Besitzer wirklich zustehenden Servitut nicht dadurch zu einem prekären werden, daß der, welcher von ihm das herrschende Grundstück precario habe, sich die Ausübung dieser dem precarium dans für das Grundstück zustehenden Servitut precario verstatten lasse. Dann vergegenwärtigt sich aber Julian die Möglichkeit des weiteren Einwands, der Kläger habe ja gar nicht selbst die Servitut ausgeübt, sondern der Prekarist. Hierauf erwiedert er: so oft mein Pächter, oder der, welchem ich precario das herrschende Grundstück gegeben habe, die Weggerechtigkeit ausübt, ist es so anzusehen, als ob ich sie ausübte; deshalb behaupte ich dann auch mit Recht, selbst die Weggerechtigkeit ausgeübt zu haben. Und hieraus folgert er dann ferner, daß ebenso umgekehrt, wenn ich meinerseits mir einen Weg zu meinem Grundstücke precario verstatten lasse und das Grundstück dann einem Andern precario überlasse, auch in dem Falle daß dann dieser über das Grundstück, worüber ich mir das Gehen zu meinem Grundstück habe precario verstatten lassen, in der Meinung gehe, als übe er damit ein meinem Grundstück zustehendes Recht aus, ich das interdictum de itinere nicht mit Erfolg anstellen könne, und es so gelten müsse, als habe ich die Weggerechtigkeit precario ausgeübt; denn nur mein Be-

wußtsein, nicht das meines Stellvertreters könne dabei in Frage kommen, indem die Handlung eines Stellvertreters immer als Handlung des von ihm Vertretenen anzusehen ist.

Durch diese Erörterungen Julians hält Ulpian seine Behauptung für gerechtfertigt, daß dem Prekaristen, der sich für das Grundstück, welches er precario hat, die Ausübung der demselben an einem andern Grundstück zustehenden Weggerechtigkeit von dessen Eigentümer precario verstatten läßt, dieser, wenn jener gegen ihn das interdictum de itinere anstellt, die exceptio vitiosae possessionis entgegensetzen kann. Auf die Frage, wie sich dafür Ulpian auf die von ihm angeführten Erörterungen Julians berufen könne, ist offenbar so zu antworten: er stützt sich darauf, daß Julian für die exceptio vitiosae possessionis es für entscheidend erklärt, wie das Bewußtsein desjenigen, der das Interdikt anstellt, in Beziehung auf den Charakter der Ausübung der Servitut beschaffen ist. Eben deshalb spricht er dann am Schlusse die Ansicht aus, daß der Prekarist das interdictum de itinere mit Erfolg anstellen könne, trotzdem, daß dem precario dans das Gehen nur precario verstattet worden sei, wenn nur er, der Prekarist, die Weggerechtigkeit mit der Meinung ausgeübt habe, daß sie dem Grundstück als Recht zustehe.

Aus allem diesem geht zweierlei hervor: Julian und Ulpian haben es als zweifellos betrachtet, daß auf Grund der Ausübung einer Weggerechtigkeit als einer solchen, welche dem vom Eigentümer einem Andern precario überlassenen Grundstücke von Rechtswegen zustehe, sowohl der Prekarist als der precario dans das interdictum de itinere anstellen kann und daß der Prekarist ein solches Recht in gewisser Beziehung als ein ihm zustehendes, und doch wieder in anderer Beziehung der precario dans, dessen Recht es wirklich ist, es durch ihn ausübt.

Realservituten haben den Zweck, den körperlichen Gebrauch, die thatsächliche Beherrschung des herrschenden Grundstücks zu erleichtern und zu fördern, nicht die Ausübung ihres Eigentumsrechtes als rechtlicher Herrschaft über das Grundstück. Insofern gehört ihre Ausübung durch den, welcher das Grundstück precario hat, zur Bethätigung seiner faktischen Herrschaft über dasselbe, und handelt er also dabei in demselben Sinn in eigenem

Namen, wie bei seiner faktischen unmittelbaren Ausübung des Eigentumsrechts am Grundstück. Aber nach der juristischen Betrachtung sind die Realservituten Erweiterungen des Eigentumsrechts am herrschenden Grundstück, und ist also ihre Ausübung zugleich Ausübung des Eigentumsrechts. Insofern ist dann doch wieder ihre Ausübung durch den Prekaristen Ausübung in fremdem Namen. Wie der Prekarist corporis possessor des Grundstückes ist, ist er auch quasipossessor der demselben zustehenden Realservituten; der precario dans kann dabei neben ihm quasipossessor derselben nur sein, weil er auch noch neben ihm corporis possessor des Grundstückes ist, nämlich sofern die possessio als Ausübung des Eigentumsrechts in Betracht kommt. Ich zweifle nicht, daß ebenso auch der Faustpfandgläubiger und der Pfandgeber, der eigentliche Sequester und der ursprüngliche wirkliche Besitzer neben einander als Quasibesitzer der Realservituten zu betrachten sind, welche dem verpfändeten oder in Sequestration gegebenen Grundstück zustehen.

Daß der Besitz des Faustpfandgebers für die Usucapion fortdauert neben der possessio des Gläubigers ad reliquas causas ist ausdrücklich in der schon angeführten L. 16 de usup. gesagt. Wenn Julian in L. 36 de poss. hierüber sich so ausdrückt:

> Qui pignoris causa fundum creditori tradit, intellegitur possidere,

was allerdings anzudeuten scheint, daß er diesen fortdauernden Besitz des Verpfänders für die Usucapion als eine bloße Fiktion betrachte, so wird das daraus zu erklären sein, daß dieser Jurist, wie sich aus L. 19 pr. de prec. ergibt, zwei justae possessiones neben einander für schlechthin unmöglich hielt. Übrigens bedeutet auch keineswegs das Wort intelligere notwendig, daß das, was das intelligere zum Gegenstand hat, eine Fiktion sein soll, wie dies insbesondere auch aus der eben besprochenen L. 1 §. 11 de itinere actuque zu ersehen ist. Daß dagegen gerade für die Usucapion im Fall der Sequestration keinem der beiden Deponenten possessio zugeschrieben werden kann, folgt aus dem Zweck jenes Geschäftes von selbst.

Daß der juristische Besitz des precario dans für die Usucapion fortdauere, würde nur dann für das Justinianische

Recht nicht mehr gelten, wenn für dieſes L. 13 §. 7 de poss. auf die bei der Uſucapion ſtattfindende Acceſſion zu beziehen wäre. Nun iſt aber alles, was in dieſem ganzen Fragment über Acceſſion geſagt iſt, jedenfalls von Ulpian ſelbſt nur in Beziehung auf das interdictum utrubi geſagt, und ich kann den Umſtand, daß nach Juſtinianiſchen Recht beim interdictum utrubi von Acceſſion nicht mehr die Rede ſein kann, nicht als einen hinreichenden Grund dafür anſehen, daß es nach der Abſicht der Verfaſſer der Pandekten jetzt durchaus auf die Acceſſion bei der Uſucapion bezogen werden ſolle.

Dagegen dürfte in der L. 15 de precario der §. 4 gerade deshalb in die Pandekten aufgenommen worden ſein, obwohl die Kompilatoren, wie es ſcheint, mit Paulus geneigt waren, eine jede possessio plurium in solidum für unmöglich zu halten, weil eben dieſes allgemein anerkannt war, daß die Uſucapion durch eine precario datio nicht unterbrochen werde. Wenn hier geſagt wird: placet penes utrumque esse eum hominem, qui precario datus esset: penes eum qui rogasset, quia possideat corpore, penes dominum, quia non discesserit animo possessione, ſo könnte freilich dieſe Ausdrucksweiſe mehr auf das interdictum utrubi hinzudeuten ſcheinen, als auf den Uſucapionsbeſitz. Aber es läßt ſich doch der Inhalt auch auf dieſen beziehen, und richtig iſt nur in Beziehung auf dieſen, was als Grund der Fortdauer der possessio des precario dans behauptet wird, er ziehe ſich nicht mit ſeinem Willen vom Beſitz zurück. Denn das iſt nur wahr, inſofern man unter dem animus possidendi den Willen verſteht, durch den Beſitz des Eigentumsrecht auszuüben: das will der precario dans fortwährend ſelbſt thun durch den, welchem er die Sache precario gibt; den Beſitz als thatſächliche Herrſchaft will er, ſolange er das precarium nicht zurücknehmen wird, ganz an den Prekariſten abtreten.

Die Anſchauung, daß es beim Prekarium lediglich auf die Parteiwillkür ankomme, ob der Prekariſt possessor oder nur in possessione ſei, legt die Frage nahe, warum dann nicht auch dem Mieter oder Pächter juriſtiſcher Beſitz ſtatt bloßer Detention ſollte gegeben oder nach dem Ausdruck von Brinz „anvertraut“ werden können. Dieſe Frage fällt weg, wenn, wie

ich oben zu zeigen suchte, bei demjenigen Prekarium, welches eine Sache selbst als solche zum Gegenstand hat, der Besitz des Prekaristen notwendig possessio ist. Der conductor soll nicht, wie der Prekarist beim regelmäßigen Sachenprekarium faktischer Herr der Sache sein, sondern er hat nach der römischen Auffassung ein bloßes Forderungsrecht darauf, daß ihm der locator gewisse Eigentumsrechte statt seiner auszuüben verstatte. Mit der streng obligatorischen Natur der römischrechtlichen locatio conductio, wie sie namentlich aus L. 18 de vi erhellt, wäre ein „abgeleiteter" oder „anvertrauter" juristischer Besitz des conductor schlechthin unverträglich; auch als »utilia« interdicta könnten ihm die possessorischen Interdikte — ohne wirkliche Cession — nicht gegeben werden. Daß sie dem Usufruktuar gegeben wurden, dem Prekaristen aber geradezu corporis possessio zugeschrieben wurde, halte ich für eines der stärksten Argumente gegen Savignys Theorie vom abgeleiteten Besitz.

Auf Irrtum beruht die Behauptung, daß ein Prekarium ut possidere liceat geben könne, auch wer selbst juristischen Besitz nicht habe. Man beruft sich dafür auf L. 21 pr. de poss.:

> Interdum ejus possessionem, cujus ipsi non habemus, alii tradere possumus, veluti cum is qui pro herede rem possidebat, antequam dominus fieret, ab herede eam rogavit.

Aber die possessio, welche hier der precario dans nicht hat, ist der natürliche, nicht der juristische Besitz; diesen letzteren hat der wirkliche Erbe im Augenblick der Verwilligung des Prekariums, weil durch die rogatio ab herede der pro herede possidens seinen bisherigen juristischen Besitz zu Gunsten des wirklichen Erben aufzugeben, und auf denselben übertragen zu wollen erklärt, der wirkliche Erbe aber ihn durch die in der Verwilligung des Prekariums liegende Annahme jener Erklärung erworben und nur sofort als precaria possessio dem, welcher die Sache vormals pro herede besessen hatte, zurückgegeben hat. Es kann von dem pro herede possidens mit den Worten der L. 18 pr. de poss. gesagt werden: desinit possidere et alium possessorem suo ministerio facit; erst nachher erlangt er als Prekarist den juristischen Besitz neuerdings, aber als einen nicht mehr zur Usucapion dienlichen, wie es sein voriger war.

Ein precarium, bloß ut in possessione esset oder ut in fundo moretur, könnte natürlich auch ein selbst nur natürlich Besitzender geben. Daß aber auch in diesem Fall unzweifelhaft die Sache dem Prekaristen mit dem interdictum quod precario abgefordert werden kann, genügt zu dem Beweise, daß dieses kein interdictum recuperandae possessionis ist. Indessen folgt dies auch daraus, daß, wie ich gezeigt zu haben hoffe, der precario dans den juristischen Besitz auch da nicht verliert, wo ihn der Prekarist erhält, sondern ihm dadurch nur ein die possessorischen Inderdikte verschaffender juristischer Besitz zur Seite tritt, weil dazu gehören würde, daß der Zweck des Interdikts die Wiedererlangung eines verlornen juristischen Besitzes wäre. Durch das interdictum de precario erlangt der precario dans in allen Fällen nur den natürlichen Besitz der Sache zurück, oder er kommt erst in den natürlichen Besitz der Sache, den er ja möglicherweise (wie aus L. 21 pr. cit. zu ersehen ist) auch bei der precarii datio noch gar nicht gehabt hat. Es kann auch nicht gesagt werden, daß er durch die Verweigerung der Rückgabe oder Herausgabe der Sache, welche übrigens auch gar nicht Bedingung für die Erlangung des interdictum de precario ist, den juristischen Besitz verliere, den er jedenfalls da behält, wo das bloße in possessione esse verstattet worden ist. Denn durch die bloße Weigerung der Rückgabe seitens des Detentors geht nie der juristische Besitz dessen verloren, in dessen Namen er besitzt. Das interdictum de precario ist ein restitutorisches Interdikt, aber nicht ein interdictum recuperandae possessionis und es wird damit die Restitution nicht wegen Entziehung des Besitzes, sondern lediglich wegen des precario Habens geboten. Lediglich dieser Thatbestand ist der Grund der Restitutionspflicht, nicht ein Delikt oder Vertrauensmißbrauch.

§. 10.

Die quasipossessio von Rechten.

»Possideri possunt, quae sunt corporalia«: diese Bemerkung der L. 3 pr. de poss. ist die notwendige Folgerung daraus, daß der Besitz physische, körperliche Herrschaft ist. Dadurch ist denn auch die Möglichkeit eines wahren Besitzes von

Rechten schlechthin ausgeschlossen, wie dies ausdrücklich in Beziehung auf Servituten L. 32 §. 1 de serv. pr. urb. ausspricht: natura servitutium ea est, ut possideri non possint. Ich kann ein Recht nicht mit der Hand ergreifen, nicht in einen Kasten schließen, nicht mit einem Zaun umgeben; darum kann ich es auch nicht besitzen. Also kann, wenn dennoch zuweilen von einer possessio juris die Rede ist, darunter nur gemeint sein, was eben jene Stelle dann so ausdrückt: sed intellegitur possessionem earum (sc. servitutium) me habere; es kann dieser Rechtsbesitz nicht eine vera possessio sein, sondern nur wie er auch von Gajus (IV §. 139) genannt wird, eine quasipossessio. Es fragt sich nun, was für ein Zustand ist denn diese quasipossessio und wodurch ist er dem Besitz vergleichbar?

Das römische Recht kennt nur einen Quasibesitz von Servituten und ihnen ähnlichen Rechten, d. h. von Rechten, welche den dauernden Gebrauch oder die dauernde Verhinderung eines gewissen Gebrauchs fremder Sachen zum Inhalt haben, und versteht unter ihrem Besitz den wirklich fortgesetzten Gebrauch oder die wirklich fortgesetzte Verhinderung, welche das bezügliche Recht gestattet, also den Zustand der so berechtigten bezw. so berechtigt sein wollenden Person, welcher dem Zustand dauernder wirklicher Dienstbarkeit der fremden Sache ihr gegenüber entspricht. Der Rechtsbesitz besteht aus dem Zusammenhang dieser zwei einander entsprechenden Zustände einer Person und einer Sache, wie die vera oder corporis possessio aus dem Zusammenhang vollkommener physischer Herrschaft der Person über die Sache und vollkommener physischer Unterwerfung der Sache unter den Willen der Person besteht. Die fremde Sache, oder genauer und richtiger ausgedrückt, die bestimmte Eigenschaft der fremden Sache, welche vermöge des bezüglichen Rechts diesem Nichteigentümer der Sache bleibend dienstbar sein soll, ist es wirklich, ist es aber auch nur dann wirklich, wenn er sie fortgesetzt wirklich gebraucht, oder der bestimmte Gebrauch derselben von Seiten des Eigentümers fortgesetzt im Interesse dieses Nichteigentümers unterbleibt, wie eine Sache, wenn sie mir zu eigen gehört, mir nur dann, dann aber auch ohne mir zu eigen zu gehören, wirklich dienstbar ist, wenn

ich sie besitze. Insofern der Besitz das eben so notwendige als hinreichende Mittel ist, ein Gut zu einem wirklichen Gut für die bestimmte Person zu machen, kann die fortgesetzte Ausübung eines Gebrauchsrechts an einer fremden Sache durch körperliche Handlungen oder durch die Verhinderung körperlicher Handlungen wie eine Art von Besitz dieses Rechts betrachtet und quasipossessio desselben genannt werden.

Es könnten die vera und die corporis, die quasipossessio und die juris possessio auch von folgendem Gesichtspunkt aus mit einander verglichen werden: jene ist die dauernde Verwirklichung des Willens, die Sache selbst, in ihrer Totalität für sich zu haben; diese ist die dauernde Verwirklichung des Willens, eine bestimmte Eigenschaft der Sache für sich zu haben.

Gegen die Anschauung, daß die quasipossessio das bezügliche Recht zum Gegenstand habe, erhebt sich das Bedenken, daß der Besitz notwendig einen wirklich daseienden Gegenstand haben muß, während doch die quasipossessio sich auch auf ein nur vermeintliches oder angemaßtes Recht beziehen kann. Dieses Bedenken läßt sich nur dadurch beseitigen, daß man zugesteht, es ist nicht eigentlich das bezügliche Recht Gegenstand der quasipossessio, so wenig, als die fremde Sache, welche dessen Objekt ist, selbst; sondern der eigentliche Gegenstand der quasipossessio ist die bestimmte Eigenschaft der fremden Sache, welche nach dem Recht diesem Nichteigentümer bleibend dienstbar sein soll. Hieran hat die quasipossessio immer einen wirklich daseienden Gegenstand, auch wo das Recht, als dessen Besitz sie betrachtet wird, nicht wirklich besteht. Insofern irrt Savigny, wenn er (in §. 12 seines Werks über den Besitz) sagt: „da wir kein anderes Wort haben, an welches wir hier (bei der quasipossessio nämlich) den Besitz knüpfen könnten, sowie er im Eigentum mit der Sache verknüpft ist, so bleibt nichts anderes übrig, als dennoch jenen uneigentlichen Ausdruck (sc. possessio juris) zu gebrauchen.“ Wir hätten dafür wohl den Ausdruck: „Thatsächliche Herrschaft über einzelne Eigenschaften fremder Sachen“; nur freilich unbequem wäre dieser Ausdruck.

Ganz richtig sagt Savigny a. a. O., was eigentlich mit dem Ausdruck: Rechtsbesitz bezeichnet werden solle, sei die Aus-

übung eines jus in re; aber nicht ganz richtig ist es, wenn er fortfährt, es stehe diese Ausübung eines jus in re zu dem jus in re selbst in demselben Verhältniß, wie der Besitz zum Eigentum. Denn das Verhältniß, worin der Besitz zum Eigentum steht, ist, wie oben bemerkt wurde, nicht sowohl das der Ausübung desselben, sondern nur einer gewissen Ausübungsmöglichkeit des Eigentums. Der Rechtsbesitz aber besteht nicht in der bloßen Möglichkeit der Ausübung, sondern in der wirklichen Ausübung des bezüglichen Rechts, als dauerndem Zustand. Die bloße Möglichkeit der Ausübung einer Servitut gibt weder Anspruch auf die Interdikte, welche zum Schutz des Rechtssitzes eingeführt sind, noch kommt sie bei der Ersitzung der bezüglichen Rechte in Betracht; eine in der bloßen Möglichkeit der Ausübung eines jus in re bestehende quasipossessio würde jedweder praktischen Bedeutung entbehren, während der die Usucapionszeit hindurch fortdauernde Besitz einer Sache ebensowohl ihren Eigentumserwerb bewirkt, wenn der Usucapient während dieser Zeit nie wirklich Gebrauch von der Sache gemacht, als wenn er dies ununterbrochen gethan hat.

Dieser Unterschied zwischen der corporis und der juris possessio hat folgenden Grund. Jene ist in ihrer Dauer nichts anderes, als die sich selbst fortsetzende Wirkung des Apprehensionsakts, wodurch der Besitzer die Sache in seine Gewalt gebracht hat. In den Besitz eines jus in re aber kommt man in der Regel nicht dadurch, daß man die fremde Sache in seine Gewalt bekommt — nur ausnahmsweise ist dies bei den Personalservituten, dem emphyteutischen und superficiaren Recht der Fall — sondern lediglich durch den thatsächlichen Beginn der Ausübung des jus in re mit der Absicht beliebiger Fortsetzung, wobei selbstverständlich von einer sich selbst fortsetzenden Wirkung keine Rede sein kann. Es kann also, in der Regel wenigstens, der Rechtsbesitz als dauernder Zustand nur die kontinuierliche wirkliche Fortsetzung der Ausübung des bestimmten jus in re sein, nicht die bloße Möglichkeit derselben.

Während die Einführung der Usucapion und der Interdikte zum Schutz der vera possessio den Begriff dieser als einen schon gegebenen voraussetzten, verhält es sich bei der quasipossessio umgekehrt; dieser Begriff hat sich erst nachträglich

gebildet, nachdem zum Schutze in der Ausübung von jus in re Interdikte eingeführt worden waren, und ein Erwerb dieser Rechte durch fortgesetzte Ausübung unter gewissen Voraussetzungen anerkannt war, weil diese Rechtswirkungen sich als gleichsam possessorische darstellten. Die Formeln der Interdikte zum Schutz in der Ausübung des Sachenbesitzes enthalten den Ausdruck possidere (oder doch den gleichbedeutenden apud bzw. penes aliquem esse); in den Formeln der Interdikte zum Schutz der quasipossessio finden sich solche Ausdrücke noch nicht. Erst nachher verfiel die Jurisprudenz darauf, von juris oder quasipossessio zu reden.

Überlegen wir uns, worin wohl der Anlaß bestanden habe, einen Quasibesitz bei eigentumsähnlichen und das Eigentum beschränkenden Rechten anzunehmen und anzuerkennen, so bietet sich uns, wie mir scheint, zunächst der Gedanke dar, daß der völlige Ausschluß petitorischer Einreden in Besitzprozessen sich ohne zu großer Härte nur dann durchführen ließ, wenn man dem wegen einer Besitzstörung Belangten wenigstens die gleichsam possessorische Einrede gestattete, daß seine angebliche Besitzstörung nur Fortsetzung der bisher ungehinderten Ausübung eines von ihm behaupteten Rechts an der Sache sei. Verlange ich z. B. mit dem interdictum uti possidetis, daß dem A über dieses Grundstück, dessen juristischer Besitzer ich bin, verboten werde, wider meinen Willen zu seinem Grundstück zu gehen, weil er mich dadurch im juristischen Besitz jenes Grundstücks störe, so kann freilich A sich nicht damit gegen meine Klage verteidigen, daß er eine Weggerechtigkeit über das von mir besessene Grundstück habe (daß sie von Rechtswegen sein sei); aber es wäre unbillig, ihm auch die Berufung darauf abzuschneiden, daß es ihm bisher unverwehrt gewesen sei, durch Gehen über das in meinem Besitz befindliche Grundstück zu dem seinigen eine von ihm in Anspruch genommene Servitut für dieses Grundstück an jenem auszuüben. Es mag, kann A sagen, ebenso dahin gestellt bleiben, ob mir diese Weggerechtigkeit über das Grundstück X dem Recht nach zusteht, wie es für jetzt dahin gestellt bleiben soll, ob du Eigentümer des Grundstückes X bist; aber wenn du im Besitz dieses Grundstücks gegen mich geschützt sein willst, so will auch ich in der

Art von Besitz, worin ich mich hinsichtlich des von mir in Anspruch genommenen Servitutrechts befinde, gegen dich geschützt sein.

Dies mußte es, scheint mir, zunächst zum Bewußtsein bringen, daß es ein dem wahren Besitze ähnliches Verhältnis zu Rechten an Sachen, wie es die Servituten sind, gebe, ein Verhältnis, das in ähnlicher Weise Schutz verdiene, und bei längerer Fortdauer Anspruch auf die Anerkennung als Recht gebe, wie der Sachenbesitz.

Daraus aber, daß die quasi possessio im Grunde nichts anderes ist, als die Continuität der wirklichen Ausübung eines (wirklich daseienden, oder nur als daseiend gedachten) Rechtes, ergibt sich, daß sie auch nur möglich ist in Beziehung auf solche Rechte, deren Ausübung in einer fortgesetzten eigenen Thätigkeit oder Verhinderung fremder Thätigkeit besteht. Deshalb ist unmöglich die quasipossessio eines Rechts, welches bestimmt ist, durch ein einmaliges Thun aufgehoben zu werden, welche Beschaffenheit jede römischrechtliche obligatio, auch die rei obligatio hat. Eine quasi possessio des Pfandrechts, es mag nun Hypothek- oder Faustpfandrecht sein, ist ganz undenkbar, und es ist daher völlig grundlos, wenn man behauptet, die römischen Juristen hätten statt von einer corporis possessio des Faustpfandgläubigers zu reden, ihm ein quasipossessio des Pfandrechts zuerkennen sollen. Andererseits aber erhellt, daß es nicht notwendig ist, das Gebiet der quasipossessio so einzuschränken, wie es im römischen Recht geschehen ist, sondern daß es mit gutem Grund durch das moderne Recht so erweitert werden konnte, wie es dieses gethan hat.

Schließlich ist hier noch zu bemerken, daß am nächsten dem wahren Besitz verwandt der Quasibesitz derjenigen Real-Servituten ist, zu deren Inhalt es gehört, von der dienenden Sache mittelst einer Vorrichtung oder Anstalt an der herrschenden Sache Gebrauch machen zu dürfen, wovon ein Beispiel die servitus tigni immittendi darbietet. Hier ist gewissermaßen die quasi possessio in der vera possessio des herrschenden Gebäudes als zur Ausübung der Servitut eingerichteten enthalten, und konnte daher wohl von Alters her angenommen werden, daß der fortgesetzte Besitz dieses Gebäudes mit der bezüglichen Ein-

richtung, wenn sie bona fide auf Grund einer formlosen Übereinkunft mit dem Eigentümer oder auf Grund einer förmlichen Bestellung der Servitut durch den besitzenden Nichteigentümer des andern Grundstückes getroffen worden, Usucapion der Servitut bewirke, bis eine lex Scribonia die Usucapion solcher Servituten aufhob. L. 4 §. 29 de usurp.

§. 11.

Causa possessionis.

Die causa possessionis ist der Grund des Willens, welcher im einzelnen Fall durch den Besitz der Sache zur Verwirklichung gelangt, und sofern er ein rechtliches Verhältnis zu der Sache betrifft, in dem Sinne Rechtsgrund des Besitzes ist, daß er den Grund seiner berechtigenden Wirkungen für den Besitzer bildet. Durch die causa possessionis wird der rechtliche Charakter des Besitzes in dem einzelnen Falle bestimmt. So ist z. B. der Kauf causa possessionis, wenn der Besitzer die Sache als erkaufte haben und behalten will, m. a. W. wenn er sie deshalb, weil er sie erkauft hatte, in seinen Besitz von dem Verkäufer überliefert haben wollte. Wird das Wort possessio in seinem weiteren Sinne genommen, so kann auch von einer causa des bloßen Innehabens geredet werden. Weil mir eine Sache zur Aufbewahrung eingehändigt worden ist, und ich sie hiezu in Empfang genommen habe, hat mein Besitz derselben den Charakter eines Besitzes in fremdem Namen, ist er Depositarbesitz und folglich bloße Detention, nicht juristischer Besitz. Der Besitz kann hiernach im besondern Falle auch Besitz sine causa sein, insofern nämlich der Besitzwille des Besitzers auf keinerlei rechtliches Verhältnis zur Sache gerichtet ist, und also der Besitzer bei der Besitzergreifung sozusagen seine Willkür zum Gesetz seines Handelns gemacht hat. Es ist dies der Besitz des praedo, der auf die Frage, warum er die Sache haben und behalten wolle, keine andere Antwort hat, als die: quia possideo, d. h. ich besitze, weil es mir zu besitzen beliebt; meine Willkür ist der Grund meines Besitzes.

Der in den Quellen oft vorkommende und altüberlieferte Satz: nemo sibi causam possessionis mutare potest, wel-

chen übrigens manche Juriſten bloß auf die possessio im e. S. bezogen (L. 3 §. 20 de poss.), iſt nicht eine Rechtsregel im e. S., d. h. eine rechtliche Vorſchrift für das Handeln, ein poſitives Rechtsverbot, wodurch etwa einer grundloſen Beſchädigung anderer gewehrt werden ſoll, ſondern es iſt ein analytiſches, d. h. aus dem Begriff der causa possessionis entnommenes Urteil. Die causa possessionis iſt nach ihrem Begriff eine gegebene Thatſache, die nicht ungeſchehen gemacht werden kann. Es kann nur durch eine neue, äußere Thatſache ſcheinbar der beſtehende Beſitz eine andere causa erhalten; in Wahrheit hört dadurch das bisherige Beſitzverhältnis auf, und tritt ein neues, anderes an ſeine Stelle. Durch bloße einſeitige Willkür des Beſitzers kann die einmal gegebene causa possessionis für ebendenſelben Beſitz nicht geändert werden; es iſt unmöglich, nicht bloß verboten, ſich ſelbſt den Rechtsgrund des Beſitzes bloß durch eine neue andere Willensbeſtimmung zu verändern. L. 3 §. 19. 20 und L. 19 de poss. Welche Bedeutung dieſer Satz für die Frage hat, wie der Beſitz an einen Stellvertreter verloren gehen kann, werden wir unten ſehen.

Die Bedeutung, welche er für die alte usucapio pro herede hatte, ergibt ſich aus den obigen Bemerkungen von ſelbſt. Nur wer eine erbſchaftliche Sache bisher noch gar nicht beſeſſen hat, kann ſie jetzt pro herede in Beſitz nehmen und uſucapieren; wer eine ſolche vom Erblaſſer zum Vollzug eines Kaufs oder einer Schenkung oder zur Aufbewahrung tradiert erhalten hat, kann ſie nicht pro herede uſucapieren, weil er ſie ein für allemal als Käufer, als Schenknehmer oder Depoſitar beſitzt.

Leicht zu erklären iſt aus dem richtigen Begriff der causa possessionis, (aber zugleich auch daraus das Irrige zu erkennen, was ſie in Beziehung auf den Unterſchied zwiſchen Beſitz und Eigentum enthält), L. 3 §. 4 de poss.

> Ex plurimis causis possidere eandem rem possumus, ut quidam putant, et eum, qui usuceperit et pro emptore et pro suo possidere: sic enim et si ei, qui pro emptore possidebat, heres sim, eandem rem et pro emptore et pro herede possideo: nec enim sicut dominium non potest nisi ex una

causa contingere, ita et possidere ex una duntaxat causa possumus.

Der Besitz kann nachträglich eine andere causa erhalten, ohne dadurch seine ursprüngliche zu verlieren, und so also jetzt mehrere verschiedene causa neben einander haben, wenn seine neue causa Folge der ursprünglichen ist, und insofern diese fortwährend in sich trägt. Wenn ich eine gekaufte Sache usucapiert habe, so besitze ich sie auf Grund des durch Vollendung der Usucapion erworbenen Eigentums pro suo; aber ich bin ihr Eigentümer durch Usucapion nur geworden, weil ich sie gekauft hatte, und besitze sie also insofern jetzt zugleich pro emptore (was ich ja nicht aufgehört habe, zu sein) und pro suo. Und wenn ich eine Sache von ihrem Käufer ererbt habe, so besitze ich sie nun zunächst pro herede, aber weil ich sie nur ererbt habe durch Eintritt in die Stellung meines Erblassers zu ihr als Käufers, so besitze ich sie zugleich pro herede und pro emptore; das Käuferverhältnis zur Sache ist durch die Beerbung auf mich übergegangen, es hat durch den Tod meines Erblassers, in dessen Rechtsverhältnisse ich eingetreten bin, eben deshalb nicht aufgehört.

Nur scheinbar verhält sich das anders beim Eigentum, in der That verhält es sich dabei ebenso. Freilich ist die Entstehung des Eigentumsrechts in der bestimmten Person etwas in sich beschlossenes, welches daher nur einen einzigen Grund haben kann; aber beim Übergang auf eine andere Person nimmt es auch jenen Erwerbsgrund mit sich, und wer ein auf Kauf sich gründendes Eigentum ererbt, hat nun freilich für sein Eigentum nur die Beerbung zum Erwerbsgrund, aber als von dem Käufer der Sache ererbtes hat er es eben doch auch als ein durch Kauf erworbenes. Wenigstens kann ich, wie ich gestehen muß, einen wirklichen Unterschied zwischen Besitz und Eigentum in dieser Hinsicht nicht finden. Der Erbe des Käufers muß doch, meine ich, auch mit Beziehung auf das Eigentum sagen: die Sache ist mein, weil ich sie von X ererbt habe und weil dieser sie von ihrem Voreigentümer gekauft hat.

Übrigens kann man nur, wenn unter causa possessionis die causa der schon als juristischen Besitzes bekannten possessio versteht, gesagt werden, daß bei den possessorischen Interdikten

auf sie nichts ankomme. Wird bei dem Ausdruck causa possessionis das Wort possessio im weiteren Sinn genommen, und fragt es sich dann, ob die bestimmte possessio juristischer Besitz oder Detention sei, so muß doch auch im Besitzprozeß die causa possessionis zur Sprache kommen.

§. 12.

Der Besitz als Vermögensbestandteil.

Als Vermögensbestandteil läßt sich der Besitz einer Sache betrachten, insofern er einen in Geld zu veranschlagenden Wert hat. Einen solchen hat er aber, indem er in einem bestimmten Zeitraum Ursache von solchen Vorteilen für die Person ist, die ihn während dieser Zeit hat oder haben sollte, welchen ein in Geld zu veranschlagender Wert zukommt.

Selbstverständlich kann der mit dem Eigentum verbundene Besitz nicht als ein besonderer Vermögensbestandteil neben der besessenen eigenen Sache in Betracht kommen. Aber im Vermögen des besitzenden Nichteigentümers bildet der Besitz einen besondern Bestandteil, und für den Eigentümer hat die Sache, während er ihren Besitz entbehrt, einen geringeren Wert; um was er geringer für den Eigentümer ist, das ist ein seinem Vermögen fehlender Bestandteil.

Hierauf beruht die Condicierbarkeit des Besitzes. Wenn mein Besitz einer Sache an einen Andern sine causa oder ex injusta causa gekommen oder bei ihm ist, so ist eben damit ein Bestandteil meines Vermögens sine causa oder ex injusta causa in das seinige gekommen oder in demselben befindlich, und darum für mich eine condictio hierauf gegen ihn begründet.

Es ist aber nicht, wenigstens nicht völlig richtig, zu sagen der Besitz sei auch durch Condiktionen geschützt. Denn es ist doch nicht eigentlich der Besitz, was dadurch Schutz erhält, sondern das Recht auf den Wert, welchen der Besitz darstellt. Und es kann daher auch eine condictio nie schlechthin darauf gegründet werden, daß der Kläger besessen hat, was der Beklagte jetzt besitzt, sondern es kommt immer noch darauf an, ob der Kläger rechtmäßig besessen hat, weil nur der Verlust eines rechtmäßig erworbenen Vermögensbestandteiles eine condictio begründen kann. Es gilt von allen actiones in personam, nicht bloß von den-

jenigen, welche dem Kläger eine Bereicherung verschaffen sollen, daß ihnen ein berechtigtes Interesse zu Grunde liegen muß. Auch gehört gar nicht eigentlich zum Vermögen einer Person, was sie rechtswidriger Weise an sich gebracht hat, wie ja eben deshalb ausdrücklich gesagt ist, daß was ein Sklave oder Haussohn so an sich gebracht hat, nicht Bestandteil seines Pekuliums ist (L. 24 de poss.). Es läßt sich nicht in Wahrheit sagen, daß wenn der Dieb den Besitz der von ihm gestohlenen Sache verloren hat, dadurch etwas aus seinem Vermögen weggekommen sei; darum, daß die Sache in seiner Hand war, war doch nicht nur sie selbst nicht in seinem Vermögen, sondern auch nicht ihr Besitz oder dessen Wert.

Es scheint mir deshalb die Lehre von den Condiktionen, welche den Besitz zum Gegenstand haben, keineswegs in die Rechtslehre vom Besitz zu gehören, sowenig als die condictiones rerum in die Rechtslehre vom Eigentum. Es läßt sich nur sagen, daß jene Condiktionen dazu dienen, Lücken im Besitzschutz einigermaßen auszufüllen.

§. 13.

Erwerb und Verlust des Besitzes im allgemeinen.

Der bei weitem wichtigste Teil der Rechtslehre vom Besitz ist nach meinem Dafürhalten der, welcher den Erwerb und Verlust des Besitzes betrifft. Die Fragen, um welche es sich hierbei handelt, kommen täglich im Rechtsleben vor, und es ist ihre Bedeutung unabhängig davon, ob das positive Recht dem Besitz einen selbständigen Rechtsschutz gewährt, oder nicht; sobald und so lang der Besitzerwerb notwendige Vermittlung von Hauptarten des Eigentumserwerbs ist, und zu diesen die Ersitzung gehört, die notwendig durch Besitzverlust unterbrochen wird, sind die Fragen, welche sich in Beziehung auf den Erwerb und den Verlust des Besitzes ergeben können, Rechtsfragen von hervorragender Bedeutung.

Irrig wäre die Ansicht, es könne eine Rechtslehre vom Erwerb und Verlust des Besitzes nur insofern geben, als der Besitz wie ein Recht behandelt werde. Nicht bloß bei Rechten kann von Erwerb und Verlust die Rede sein, sondern bei allem,

was die Eigenschaft eines Gutes hat; das ist aber der Besitz für die Person, auch wenn er nicht als ein Recht behandelt wird; und es reicht hin, daß er vom Recht als ein Gut anerkannt wird, und als ein solches rechtliche Bedeutung hat, damit sein Erwerb und Verlust Gegenstand einer eigenen Rechtslehre sein könne oder vielmehr sein müsse. Nur für den besonderen Inhalt dieser Lehre ist die Art und Weise von Bedeutung, wie das positive Recht gewisse berechtigende Wirkungen als notwendige Folgen des Besitzes, unzertrennlich mit ihm verbunden sein läßt. So folgt z. B. daraus, daß der Besitz nach römischem Recht unter gewissen Voraussetzungen Eigentum verschafft, der Eigentumserwerb eines filius familias aber unmittelbar als Eigentumserwerb des Vaters gilt, mit Notwendigkeit die Geltung des Besitzerwerbs eines filius familias, insofern er jene Wirkung haben kann, als Besitzerwerbs des Vaters, und weil der Besitz nach römischem Recht nur insofern eigentlicher d. h. juristischer Besitz ist, als er gewisse berechtigende Wirkungen hat, die Kriegsgefangenschaft aber die Rechtsfähigkeit völlig vernichtet, muß dieselbe nach römischem Recht auch den Verlust des juristischen Besitzes bewirken: der in der Wirklichkeit fortdauernde Besitz eines Kriegsgefangenen kann nicht mehr juristischer Besitz sein.

Sehr wichtig ist es, bei der Lehre vom Erwerb und Verlust des juristischen Besitzes sich nicht zu einseitig von einem abstrakten Begriff desselben leiten zu lassen, und aus diesem allein die ganze Lehre entwickeln oder auf ihn alle die einzelnen Bestimmungen des römischen Rechts zurückführen zu wollen. Es muß dabei immer die Bedeutung des Besitzes für das Eigentum im Auge behalten werden, so daß man z. B. bei den Fragen was zum Erwerb des juristischen Besitzes gehöre, auch immer darauf sieht, in welche Lage jemand kommen muß, um, wenn er Eigentümer der bestimmten Sache ist, sein Eigentumsrecht an ihr in der dem Zweck dieses Rechtes entsprechenden Weise ausüben zu können, und daß man bei den Fragen, welches die Bedingungen für den Verlust des juristischen Besitzes, oder von der entgegengesetzten Seite angesehen, die Bedingungen seiner Fortdauer seien, sich vergegenwärtigt, wo die Grenze liege, innerhalb welcher das thatsächliche Verhältnis der Person, ungeachtet aller dabei eingetretenen Schwankungen und Abnahmen eben noch

hinreichend sei, um das Eigentum an der Sache für die bestimmte Zeit zweckentsprechend ausüben zu können. Auch ist nicht zu übersehen, welche Anforderungen die Zwecke der an den Besitz sich knüpfenden Rechtswirkungen, also namentlich die der Ersitzung und des von dem Berechtigtsein des Besitzes absehenden richterlichen Schutzes an die Gestaltung der Rechtsnormen stellen, nach welchen die den Erwerb und Verlust des juristischen Besitzes sich ergebenden Fragen beurteilt werden sollen. Alle diese Momente verlangen gleichmäßige Berücksichtigung, wenn das Streben nach Zurückführung der einzelnen Sätze auf den abstrakten Begriff des Besitzes nicht irre führen soll.

Immer ist der Erwerb oder Verlust des juristischen Besitzes nur insofern Rechtserwerb oder Rechtsverlust, als dadurch Berechtigungen, welche mit dem juristischen Besitz unzertrennlich verbunden sind, erworben werden oder verloren gehen; auch insofern aber ist sowohl der Erwerb als das Aufgeben des Besitzes nur dann ein Rechtsgeschäft, wenn dabei die Absicht geradezu auf den Erwerb oder das Aufgeben jener Berechtigungen gerichtet ist; soweit sie mit dem Erwerb des Besitzes nur notwendig entstehen und mit seinem Verlust nur notwendig untergehen, ist auch der absichtliche Besitzerwerb und das absichtliche Aufgeben des Besitzes, wobei die Absicht nur auf den Besitz an sich gerichtet ist, nicht Rechtsgeschäft, sowenig als die Zeugung oder Tötung eines Menschen, das Pflanzen oder das Abhauen eines Baumes ein Rechtsgeschäft ist. Rechtsgeschäfte sind das Aufgeben und der Erwerb des juristischen Besitzes bei der sog. brevi manu traditio und dem sog. constitutum possessorium, weil dabei die Absicht geradezu auf die berechtigenden Besitzwirkungen gerichtet ist.

Keineswegs aber ist immer derjenige Erwerb des juristischen Besitzes, wodurch nur der schon bestehende körperliche Besitz in juristischen Besitz verwandelt wird, Rechtsgeschäft. Es erfolgt ein solcher Besitzerwerb immer durch Äußerung einer bloßen Veränderung des Besitzwillens. Es ist aber der den juristischen Besitz charakterisierende Besitzwille an sich nicht eine auf Berechtigungen gerichtete Absicht, und folglich auch seine Äußerung nicht an sich eine rechtliche Willenserklärung. Der Depositar, welcher die bei ihm hinterlegte Sache unterschlägt, beabsichtigt

unmittelbar nicht den Erwerb des Anspruchs auf Rechtsschutz des Besitzes, sondern nur die beliebige Verwendung der Sache für seine Zwecke; die Erreichung dieser Absicht kann das Recht nur nicht hindern, und auch den Rechtsschutz seines Besitzes gegen Andere als den Deponenten ihm nicht versagen, wenn es denselben überhaupt gewährt, ohne nach dem Rechtsgrund des Besitzes zu fragen; es gewährt ihm denselben nicht, um irgend welche Absicht, welche er bei der Unterschlagung hat, zu verwirklichen; die diebische contrectatio ist nichts weniger als eine, wenn auch nur indirekte rechtliche Willenserklärung, sondern lediglich Ausführung einer rechtswidrigen Absicht, ohne auch nur den Schein eines Rechtsgeschäfts an sich zu tragen, wie dieser allerdings zuweilen auch mit widerrechtlichen Handlungen wohl verbunden sein kann.

Zur Fortdauer des Besitzes ist nichts erforderlich, als daß er nicht durch eine auf seinen Erwerb gefolgte neue Thatsache verloren gegangen ist; denn als dauernder Zustand ist er nichts anderes, als die sich von selbst fortsetzende Wirkung der Thatsache, welche seinen Erwerb bewirkt hat, wie dies schon oben in den Erörterungen über den Besitz als natürliche Thatsache dargethan worden ist. Daß umgekehrt der juristische Besitz von Grundstücken nach neuerem römischen Recht auch eine jene Wirkung der Erwerbsthatsache in der Wirklichkeit aufhebende Thatsache überdauern kann, ist in Wahrheit nur eine Fiktion seiner Fortdauer, welche den Zweck hat, dem Besitzer berechtigende Wirkungen seines verlornen Besitzes scheinbar ohne Durchbrechung des Grundsatzes zuerkennen zu können, daß diese berechtigenden Wirkungen unauflöslich an das gegenwärtige Dasein des Besitzes gebunden sind.

Wie soll nun aber dieser Satz: der Besitz dauert fort, bis er durch eine seiner Entstehungsthatsache entgegengesetzte Thatsache aufgehoben ist, in der Rechtspflege angewendet werden? Hat der, welcher sich auf Usucapion beruft, oder ein possessorisches Interdikt anstellt, nichts weiter zu beweisen, als daß er den Besitz irgendmal erworben habe, und liegt dem Gegner der Beweis einer Thatsache ob, wodurch dieser Besitz wieder aufgehoben worden sei?

Diese Frage ist m. E. zu verneinen. Bei der Geltend-

machung eines Rechts müssen wir uns mit dem Beweis seines Erwerbs begnügen, und die Fortdauer als Gegenstand einer Rechtsvermutung behandeln, weil das gegenwärtige Dasein eines Rechts an sich gar nicht wahrnehmbar ist. Der Besitz aber ist ein wahrnehmbares Verhältnis; deshalb können und müssen wir, wo es auf seine Dauer oder sein gegenwärtiges Dasein ankommt, den Beweis von Thatsachen verlangen, wodurch er sich fortwährend wahrnehmbar gemacht hat, oder es gegenwärtig thut; nur ist als eine solche auch die augenscheinliche Möglichkeit anzuerkennen, daß, wenn nicht außerordentliche Ereignisse eintreten, der zur Zeit nicht sinnlich wahrnehmbare Besitz nach Belieben wieder hergestellt werde.

§. 14.

Erwerb des Besitzes im allgemeinen.

So richtig die Grundlage der Lehre Savignys vom Erwerb des Besitzes im ganzen ist, so unverkennbar ist es doch bei genauer Prüfung derselben, daß ihre Ausführung manche Mißverständnisse der Lehre der römischen Juristen hievon, welche sie reproducieren will, enthält, und diese sind m. E. hauptsächlich auf zwei Gründe zurückzuführen.

Der erste Grund ist der, daß Savigny den Besitz nicht bloß in seiner Fortdauer, sondern auch seinem Ursprung nach sich als bloße Möglichkeit beliebiger Einwirkung auf die Sache denkt, und der zweite Grund ist der, daß er den Unterschied zwischen ursprünglichem und überkommendem (originärem und derivativem oder succedierendem) Besitzerwerb übersieht, oder doch bei weitem nicht gehörig beachtet, während die römischen Juristen sowohl vom Wesen des Besitzes, als von diesem Unterschied das richtige Bewußtsein hatten, freilich ohne es mit der wünschenswerten Deutlichkeit auszusprechen.

Es ist für die ganze Lehre vom Erwerb des Besitzes besonders wichtig, die zwei Seiten, welche der Besitz als Verhältnis zwischen Person und Sache hat, einer genaueren gesonderten Betrachtung zu unterstellen, nämlich das Verhältnis der Person zur Sache und das Verhältnis der Sache zur Person, oder mit andern Worten den Besitzzustand der Person und den Besitzzustand der Sache, aus welchen beiden Zuständen der Besitz so zusammengesetzt

ist, daß sie in jedem Augenblick in ihm zu einer untrennbaren Einheit verbunden sind.

Es kann sowohl jede einzelne Person, als jede einzelne Sache zeitweise existieren, ohne sich in irgend welchem Besitzzustand zu befinden; insbesondere die Person, ohne sich im Besitzzustand der einzelnen Sache gegenüber zu befinden; es sind immer besondere Thatsachen erforderlich, um die Person oder die Sache in einen bestimmten Zustand des Besitzens, bezw. des Besessenseins zu versetzen. Der Erwerb des Besitzes ist notwendig Versetzung der Person in den Zustand des Besitzes der bestimmten Sache; es ist aber nicht notwendig damit gleichzeitig die erstmalige Versetzung der Sache in den Besitzzustand verbunden, vielmehr ist dieser bei den meisten in der Wirklichkeit vorkommenden Fällen des Besitzerwerbes ein schon länger bestehender Zustand, der bei dem Besitzerwerb dieser Person ununterbrochen fortdauert, und nur Verhältnis der Sache zu einer andern Person wird. Doch ist zur Unterbrechung des bestimmten Besitzzustandes der Sache nicht notwendig, daß die Sache für irgend einen Zeitraum frei werde; sie kann in demselben Zeitpunkt aus einem Besitzzustand heraus und in einen andern hineinkommen, ohne daß der alte und der neue Besitzzustand eine mit einander zusammenhängende Einheit bilden. Wenn der Besitzerwerb auf der Vernichtung des Besitzzustandes des Vorbesitzers beruht, wie bei der Dejektion desselben oder auch bei dem möglicherweise im Augenblick des Todes des Erblassers erfolgenden Erwerb einer hinterlassenen Sache desselben durch den Erben, so fällt die Aufhebung des bisherigen Besitzzustandes der Sache mit der Entstehung eines neuen in einen Zeitpunkt zusammen; es muß aber jene als dieser vorausgehend und es kann der Besitzzustand der Sache nicht hiebei als ununterbrochen fortdauernd gedacht werden, während dagegen bei dem Besitzerwerb einer erkauften Sache aus der Hand des Verkäufers der Besitzzustand der Sache keine Unterbrechung erleidet, weil dieser Besitzerwerb auf gewollter Übertragung des Besitzverhältnisses des Verkäufers zur Sache auf den Käufer beruht, und dieser infolge seines Besitzerwerbs nur den Besitz seines Vorgängers fortsetzt. Freilich ist der Besitz des Käufers ein anderes Faktum, als der des Verkäufers, aber auch das Dasein des Eigentum des Käufers ist

ein anderes Faktum, als das des vergangenen Daseins des Eigentums des Verkäufers. Eigentliche Succession und bloße Nachfolge unterscheiden sich von einander beim Besitz, wie beim Eigentum nur dadurch, daß jene nur da stattfindet, wo der Besitz oder das Eigentum des Vorgängers Bedingung oder m. a. W. Mitursache desjenigen des Nachfolgers ist, und bloße Nachfolge da eintritt, wo das Eigentum oder der Besitz des Vorgängers an sich ein Hindernis für das Eigentum oder den Besitz des Nachfolgers war, so daß dessen Eigentums- oder Besitzerwerb die Überwindung jenes Hindernisses durch Vernichtung des vorigen Eigentums oder Besitzes voraussetzt. Der Besitzerwerb des Erben ist deßwegen nicht Succession, weil dafür der Besitz des Erblassers nicht eine Bedingung ist, wie beim Eigentumserwerb erbschaftlicher Sachen das Eigentum des Erblassers, und weil der Besitz des Erblassers durch seinen Tod notwendig so vernichtet worden ist, daß dadurch zugleich auch die Sache jedenfalls für diesen Augenblick besitzfrei wurde, also jedenfalls der Besitz des Erben nicht einfache Fortsetzung des Besitzes des Erblassers sein kann. Daß der Erwerb des Besitzes immer durch eine Handlung des Erwerbers vermittelt werden muß, kann es deshalb nicht unmöglich machen, daß er unter den obigen Voraussetzungen wahre Succession sei, weil es ja auch bei der Succession in Rechte nur etwas zufälliges, nicht durch das Wesen der Succession gefordertes ist, daß sie ohne eine Handlung des Rechtserwerbes vor sich geht.

Wo nun beim Erwerb des Besitzes der Eintritt der Person in den Besitzzustand und der Eintritt der Sache in den Besitzzustand überhaupt oder doch in einen neuen andern Besitzzustand gleichzeitig erfolgen soll, kann es nicht genügen, daß die Person in die bloße Möglichkeit, beliebig auf die Sache körperlich einzuwirken versetzt werde, sondern sie muß so auf die Sache wirklich und nachhaltend körperlich einwirken, daß daraus diese Möglichkeit für die Folgezeit hervorgeht. Zum ursprünglichen Besitzerwerb ist immer Bewältigung der Sache durch die Person erforderlich. Nur wo der Besitzerwerb Succession ist, genügt es, daß die Person bloß in dieselbe Möglichkeit beliebiger körperlicher Einwirkung auf die Sache versetzt werde, in welcher sich der Vorbesitzer bisher befunden hat, dessen Besitz er fortsetzen soll und will.

Der ursprüngliche, einseitige Besitzerwerb hat wesentlich andere Erfordernisse, als der überkommende Besitzerwerb, der durch Überlieferung des Besitzes vermittelt wird.

Es ist ein großes Verdienst von Brinz, hierauf in seiner Abhandlung »Possessionis Traditio« im Jahrbuch d. d. R. Bd. III nachdrücklich hingewiesen zu haben. In wiefern ich den dortigen Ausführungen doch nicht durchweg folgen kann, wird sich weiter unten ergeben.

Regelmäßig ist der Erwerb des juristischen Besitzes ein zusammengesetzter Vorgang, zusammengesetzt nämlich aus einer Willensthätigkeit und aus einem die Beziehung der Sache zum Körper der Person betreffenden Vorgang; wo aber der Erwerb des juristischen Besitzes nur Erwerb desselben als juristischen Besitzes bei schon erlangtem körperlichen Besitze ist, besteht er einfach in einer Willensthätigkeit; er geht solo animo vor sich ohne einen neuen körperlichen Vorgang.

Daß der juristische Besitz regelmäßig nur animo et corpore erworben werden kann, folgt von selbst daraus, daß er seinem Wesen nach ein doppeltes Verhältnis der Person zur Sache ist, zusammengesetzt aus einer bestimmten Richtung des Willens der Person auf die Sache und aus ihrem Vermögen, beliebig auf sie körperlich einzuwirken. Ganz unrichtig aber ist der herrschend gewordene Sprachgebrauch, von einem corpus und einem animus des Besitzerwerbs zu reden, und zu sagen, der Besitz selbst bestehe aus zwei Bestandteilen, einem gewissen animus und einem gewissen corpus. Er ist vermutlich aus dem Mißverständnis entstanden, als ob in L. 8 pr. de poss. welche sagt: Quemadmodum nulla possessio adquiri nisi animo et corpore potest, ita nulla amittitur nisi in qua utrumque in contrarium actum est, dieses utrumque so viel bedeutete, als: corpus et animus, während es vielmehr auf das animo acquirere und das corpore acquirere zu beziehen ist. Der Sinn ist der: es gehört zum Verlust des Besitzes sowohl das gerade Gegenteil der zu seinem Erwerb erforderlichen Willensthätigkeit, wenn durch eine solche der Besitz verloren gehen soll, als das gerade Gegenteil des zu seinem Erwerb erforderlichen körperlichen Vorgangs, wenn ein solcher Ursache des Besitzverlustes werden soll; — nicht: es muß der animus des Besitz-

erwerbs oder Besitzes und das corpus des Besitzerwerbs oder Besitzes in das Gegenteil verkehrt werden. Weder der Besitzerwerb noch der Besitz kann einen Willen oder einen Körper haben, sondern nur die Person, welche den Besitz erwirbt und hat.

Es ist nicht einmal die Übersetzung der Worte »corpore acquirere« mit „erwerben durch eine körperliche Handlung" richtig; denn wie wir gleich hernach sehen werden, ist zum Besitzerwerb keineswegs immer eine körperliche Handlung nötig, sondern nur, daß der Besitz „mit dem Körper" erworben werde, d. h. es ist zu seinem Erwerb nur irgend ein „Vorgang" erforderlich, welcher die Sache mit unserm Körper in die zum Wesen des Besitzes gehörende Beziehung setzt. Insofern der Besitzerwerb animo zu erfolgen hat, muß der animus possidendi, der dazu erforderlich ist, selbständiger Besitzwille in dem oben (§. 3) dargelegten Sinne sein. Daß er dies sei, ist aber bei jedem Besitzerwerb zu vermuten; daß er der Wille sei, in fremdem Namen zu besitzen, ist als die Ausnahme zu betrachten, welche von dem zu beweisen ist, der sie im Gegensatz zu der Behauptung des Gegners behauptet.

§. 15.

Der ursprüngliche Besitzerwerb (Occupation).

Es gilt bei dem ursprünglichen Besitzerwerb, eine Sache, die sich bisher noch nicht im Besitzzustand befunden, oder sich darin zu befinden wieder aufgehört hat, in denselben zu versetzen oder wieder zu versetzen durch Herstellung desselben als Besitzverhältnisses der Sache zu der bestimmten Person, also mittelst einseitiger Besitzergreifung (Occupation).

Diese geht in der Regel dadurch vor sich, daß der Besitz gleichzeitig mit dem Willen (animo) und mit dem Körper (corpore) ergriffen wird; die Besitzergreifung mit dem Körper pflegt Apprehension genannt zu werden, und verhält sich dann zur Besitzergreifung mit dem Willen so, daß sie Ausführung oder Verwirklichung derselben ist. Die Besitzergreifung mit dem Willen ist eine Willensbewegung, bestehend darin, daß der Wille sich auf die Erlangung der physischen Herrschaft über die Sache richtet, um sie in eigenem Namen ausüben zu können.

Die Besitzergreifung mit dem Körper, die Apprehension, bringt diesen innerlichen Willensakt zum Vollzug, indem der, welcher den Besitz der Sache erwerben will, sich zu ihr oder sie zu sich in eine solche körperliche Beziehung versetzt, welche geeignet ist, ihm nicht nur in diesem Augenblick, sondern für die Dauer beliebiges körperliches Einwirken auf sie zu ermöglichen. Eben dieses ist aber nur denkbar, wenn er jetzt auf sie wirklich so einwirkt, daß dadurch ihre gegenwärtige Besitzfreiheit aufgehoben wird.

Ist in dem Augenblick, in welchem der Wille in jener Art sich auf die Sache richtet, diese im Besitz eines Andern, so muß durch die Apprehension gleichzeitig dieser Besitz aufgehoben, und die dadurch aus dem Besitzzustande als Besitzverhältnis zu dem bisherigen Besitzer kommende Sache in das Besitzverhältnis zu dem Apprehendenten versetzt werden. Die Apprehension ist dann in sofern eine aus zwei Bestandteilen zusammengesetzte Handlung; sie erscheint freilich nur als eine einzige Handlung, aber in Beziehung auf Causalität ist sie zusammengesetzt aus Vernichtung des bisherigen und Herstellung eines neuen Besitzes. Der Dieb entwendet die Sache und nimmt sie an sich; wer ein in fremdem Besitz befindliches Grundstück gewaltsam occupiert, dejiciert den bisherigen Besitzer und macht sich zum Besitzer. Der Dieb und der gewaltsam von einem Grundstück Besitz ergreifende bewirken zweierlei in einem Akte. Letzterer freilich nur regelmäßig; die Dejektion kann ohne gleichzeitige Occupation erfolgen, und wenn diese unterbleibt, ist gar nicht Besitz erworben. In mehreren Stellen der Pandekten (L. 4 §. 22. L. 33 §. 2 de usurp.) wird ganz richtig bemerkt, daß ein Grundstück noch nicht deshalb res vi possessa sei, weil der bisherige Besitzer dejiciert worden, sondern es müsse dazu adprehensio possessionis von Seiten des Dejicienten hinzukommen. Diese liegt also noch nicht in der Dejektion, obwohl diese sofort die Möglichkeit augenblicklicher beliebiger Einwirkung auf das Grundstück verschafft, sondern es muß der Dejicient erst durch Eintreten in dasselbe sich den ledig gewordenen Besitz verschaffen. Freilich kann man einwenden, es sei Dejection denkbar ohne die Absicht selbst Besitz zu ergreifen. Aber offenbar ist eben auch wo sie bei der Dejection vorhanden ist, doch dieselbe nie durch die bloße Dejection ausgeführt. Wer vor dem Dejecienten in dem

Grundstück sich mit der Besitzergreifungsabsicht festsetzt, entzieht dadurch nicht dem Dejicienten einen schon erlangten Besitz, sondern kommt ihm in der Besitzergreifung zuvor. Und so hat auch, wer vor ihm liegende Sachen sich rechtswidrig anzueignen beabsichtigt, noch keineswegs dadurch ihren Besitz erworben, daß er die Sachen sofort an sich nehmen könnte, wie dies bei der Tradition zum Besitzerwerb genügt, sondern er muß sich erst dadurch in ihren Besitz setzen, daß er sie wirklich an sich nimmt.

Um den Besitz von Tieren einseitig zu erwerben, ist, weil diese sich selbst bewegen können, vor allem erforderlich, daß ihnen die Möglichkeit entzogen werde, sich selbst von dem Orte zu entfernen, an welchem ihr Dasein uns die Möglichkeit verschafft, mit ihnen vorzunehmen, was wir wollen; sie müssen in dieser Art *gefangen* werden, um in unseren Besitz zu kommen; es genügt aber, daß der Ort, an welchem sie so ihrer natürlichen Freiheit durch unsere Veranstaltung beraubt werden, uns frei zugänglich ist, es ist nicht nötig, daß wir uns selbst an diesem Ort befinden; es genügt aber auch nur, daß wir, sobald wir wollen, diesen Ort ungehindert erreichen können. Wer in der Zwischenzeit dennoch auf das Tier nach seinem Belieben einwirkt, ist uns nicht in seiner Besitzergreifung zuvorgekommen, sondern entzieht uns seinen schon erlangten Besitz.

Niemals kommt bei Tieren der einseitige Besitzerwerb zustande, ohne daß ihnen die Fähigkeit der Selbstbewegung vollständig entzogen ist, oder mit einem Wort, ohne daß man sie wirklich *gefangen* hat. Dies wird sehr anschaulich ausgeführt in L. 5 §. 1 de A. R. D.

> Illud quaesitum est, an fera bestia, quae ita vulnerata sit, ut capi possit, statim nostra intellegitur. Trebatio placuit statim nostram esse et eo usque nostram videri, donec cam persequamur, quod si desierimus eam persequi, desinere nostram esse et rursus fieri occupantis: itaque si per hoc tempus, quo eam persequimur, alius eam ceperit, ut ipse lucri faceret, furtum videri nobis eum commisisse. plerique non aliter putaverunt eam nostram esse, quam si eam ceperimus, quia multa accidere possent, ut eam non capiamus: quod verius est.

Bei wilden Tieren fällt Besitz und Eigentum insoweit völlig zusammen, als der Erwerb ihres Besitzes dadurch, daß ihnen ihre natürliche Freiheit entzogen wird, zugleich Eigentumserwerb ist, und Besitzverlust dadurch, daß das Tier seine natürliche Freiheit wieder erlangt, zugleich Eigentumsverlust. Das Tier ist unser, wenn wir seinen Besitz in jener Weise erlangt haben. Nun fragt es sich aber, ob es schon in unserem Besitze ist, wenn wir durch seine Verwundung uns nur die Möglichkeit verschafft haben, bei fortgesetzter Verfolgung seiner wirklich habhaft zu werden. Trebatius bejahte diese Frage. Aber mit Recht wurde ihm widersprochen: darin liege nur noch ein Anfang von Besitzergreifung, welche erst durch das wirkliche Fangen des Tiers, das noch immer leicht verhindert werden könne, zu wirklicher Vollendung gelange; wer es während des Versuchs, die so angefangene Apprehension zu vollenden, wirklich fange, entziehe nicht den Besitz und begehe nicht dadurch, wenn es lucrifaciendi causa geschehe, ein furtum, sondern er komme einfach dem Verfolger des Tiers in dem Besitz- und Eigentumserwerb zuvor.

Unter welchen Voraussetzungen das Fangen eines wilden Tieres an einem Orte, an welchem der Jäger zur Zeit nicht anwesend ist, Besitz- und Eigentumserwerb bewirkt, legen sehr gut die dennoch vielfach mißverstandenen Ausführungen von Proculus in L. 55 de A. R. D. dar.

> In laqueum, quem venandi causa posueras, aper incidit: cum eo haereret, exemptum eum abstuli: num tibi videor, tuum aprum abstulisse? et si tuum putas fuisse, si solutum eum in silvam dimisissem, eo casu tuus esse desisset an maneret? et quam actionem mecum haberes, si tuus desisset esse, num in factum dari oporteret, quaero. respondit: laqueum videamus an intersit in publico aut in privato posuerim et, si in privato posui, utrum in meo an in alieno, et si in alieno, utrum permissu ejus cujus fundus erat an non permissu ejus posuerim: praeterea utrum in eo ita haesit aper, ut expedire se non possit ipse, an diutius luctando expediturus se fuerit. Summam tamen hanc puto esse, ut si in meam potestatem pervenit, meus factus

sit, sin autem aprum meum ferum in suam naturalem laxitatem dimisisses et eo facto meus esse desisset, actionem mihi in factum dari oportere.

Dadurch, daß ich venandi causa an einem Ort, an den ich, sobald ich will, wieder kommen zu können glaube, eine Schlinge lege, damit sich darin ein Wild der Art, wie es ein Eber ist, fange, gebe ich die Absicht zu erkennen, das Wild, welches sich in der Schlinge fangen wird, in meinen Besitz und mein Eigentum zu bringen. Damit ist vollendet, was zum animo acquirere possessionem gehört. Es fragt sich nun nur, wie diese Absicht des Besitzerwerbs zur Ausführung gelangen müsse, damit der Besitz auch corpore erworben sei. Ist das schon ohne weiteres dadurch geschehen, daß sich ein Eber wirklich in der von mir gelegten Schlinge gefangen hat, so daß nun jedenfalls, wer den Eber davonträgt oder los macht und laufen läßt, dadurch an mir ein furtum oder damnum injuria datum begeht?

Proculus verneint diese Frage, indem er bemerkt, daß es dabei noch auf mancherlei Nebenumstände ankomme, welche trotzdem, daß der Eber sich in der Schlinge gefangen habe, ausschließen könnten, worauf alles ankomme, daß er nämlich eben dadurch bereits wirklich in meine Gewalt (potestas) gelangt sei, indem er durch die einzelnen Nebenumstände, welche er als erheblich bezeichnet, andeutet, was dazu gehöre, damit der Eber durch das Fallen in die von mir gelegte Schlinge bereits wirklich in meine Gewalt gekommen sei. Diese Nebenumstände sind von zweierlei Art. Die eine derselben betrifft die Zugänglichkeit des Orts der Schlinge. Habe ich sie an einen öffentlichen Ort gelegt, so ist schon deshalb der Eber noch nicht in meiner Gewalt, denn da kann jeder andere eben so gut ihn an sich nehmen, wie ich; habe ich die Schlinge auf fremdem Privatboden gelegt ohne Erlaubnis des Eigentümers, so kann dieser mir leicht in der Ansichnahme des Ebers zuvorkommen, und jeder andere eben so leicht, als ich, ihn an mich nehmen; da ist er also wieder schon deshalb noch nicht in meiner Gewalt; habe ich aber die Schlinge auf fremdem Privatboden mit Erlaubnis des Eigentümers gelegt, oder gar auf eigenem Privatboden, dann kann ihn niemand so leicht an sich nehmen, als ich; dann ist er also hinsichtlich des Orts der Schlinge bereits in meiner Gewalt.

Nun ist aber noch ein Nebenumstand anderer Art erheblich, nämlich der, welcher die Weise betrifft, auf welche der Eber in der Schlinge hängen geblieben ist; ist dies so geschehen, daß er sich durch längeres Ringen selbst wieder los machen kann, so ist er auch dann noch nicht wirklich in meiner Gewalt, wenn ich die Schlinge auf meinem Boden gelegt hatte. Auch dann also liegt darin, daß ein Anderer den Eber vor mir davon trägt oder ihn losmacht, keine Besitzentziehung, sondern es ist mir dann derselbe nur in der Vollendung der Apprehension zuvorgekommen.

Bei andern beweglichen Sachen genügt es zum einseitigen Besitzerwerb, daß wir sie an uns nehmen, oder m. a. W. so zu uns bringen, daß sie ohne unsern Willen nur durch eine neue, bei dem regelmäßigen Verlauf der Dinge nicht zu erwartende Thatsache wieder von uns wegkommen können. Das Besitzverhältnis beweglicher Sachen zu ihrem Besitzer wird in der römischen Rechtssprache häufig, insbesondere auch in der Formel des interdictum utrubi, so ausgedrückt: die Sache ist bei der Person. Natürlich wird aber dabei stillschweigend hinzugedacht was gewöhnlich, obwohl nicht notwendig, damit verbunden ist: nämlich daß wir es auch wissen, daß die Sache bei uns sei und wollen, daß sie bei uns bleibe, wie dieses beides zum Begriff des Besitzes gehört. Bei uns ist aber auch, was sich in unserer Abwesenheit in einem geschlossenen Raume befindet, in dem wir selbst unseren bleibenden Aufenthalt, oder den wir unter unserem Verschlusse haben, ja selbst was auf einer begrenzten Bodenfläche liegt, die in unserem Besitze ist; denn in diesen Räumen können wir selbst als daseiend gedacht werden, insofern es jederzeit, von außerordentlichen Umständen abgesehen, nur von unserem Willen abhängt, wirklich da zu sein. Wir haben den Besitz einer beweglichen Sache erworben, sobald wir es bewirkt haben, daß sie auf irgend eine solche Art bei uns sei, ohne daß wir dann erst noch davon Kenntnis zu erhalten brauchen, daß sie wirklich bei uns sei. Ist sie aber irgendwie bei uns, ohne daß wir es selbst bewirkt haben, so genügt es noch nicht, daß wir wissen, sie ist bei uns, und daß wir wollen, sie soll bei uns bleiben, damit sie in unseren Besitz komme, sofern sie zu denjenigen Sachen gehört, von welchen, weil sie reine Naturerzeugnisse (primum a natura prodita L. 14 pr. de A. R. D.)

sind, jedermann das Bewußtsein hat, sie, wo er sie findet, sich durch Besitzergreifung aneignen zu dürfen. Denn nun wäre es kein außerordentliches Ereignis, wenn uns hierin jemand zuvorkäme, der irgendwie in den von uns besessenen Raum gelangte, wo sich eine solche Sache befindet, und wir müßten also, um unsrerseits zuvorzukommen, unsern Willen, sie sich uns anzueignen durch wirkliche Besitzergreifung der Sache zur Ausführung bringen; wir können solche bei uns befindliche Sachen nicht solo animo in unsern Besitz und unser Eigentum bringen. Hieraus erklärt sich die in neuerer Zeit vielbesprochene, von Honigwaben handelnde L. 5 §. 3 de A. R. D. Außerdem ist allerdings bei beweglichen Sachen, welche wir bereits dadurch, daß sie bei uns sind, körperlich besitzen, eine besondere Apprehensionshandlung zum Erwerb des juristischen Besitzes nicht nötig, sondern eine irgendwie erfolgende Äußerung unseres Willens hinreichend, sie für uns behalten zu wollen.

Daß, wie der Natur der Sache, so auch dem Sinne des römischen Rechts nach es für den Erwerb des juristischen Besitzes genügt, wenn der dazu erforderliche Wille auf die Sache, deren Besitz erworben werden soll, generell gerichtet ist, und keineswegs auf sie speziell gerichtet sein muß, erhellt aus der oben besprochenen L. 55 de A. R. D., worin offenbar vorausgesetzt ist, daß die Schlinge nicht gelegt ist, um diesen Eber, sondern nur irgend einen Eber oder irgend ein Wild von der Art eines Ebers zu fangen. Es ist in dieser generellen Absicht die spezielle, eben den Eber, der sich nachher in der Schlinge wirklich fängt, zu besitzen, notwendig mit enthalten. Nachträgliche Kenntnis davon, daß gerade an dieser Sache die allgemeine Absicht erreicht worden ist, erscheint hier eben so wenig als nötig zur Entstehung des Besitzes, als bei dem Besitzerwerb durch Beauftragte dazu die Kenntnis von dem erfolgten Vollzug des Auftrags erforderlich ist.

§. 16.

Überkommender (derivativer oder succedierender) Besitzerwerb (Besitzerwerb durch Tradition).

Der Besitzerwerb ist, wie schon oben bemerkt wurde, Succession in einen schon bestehenden Besitz, wenn er durch Tra-

dition vermittelt wird; er ist dann die beabsichtigte Wirkung einer Handlung des Vorbesitzers, wodurch dieser aus seinem Besitzverhältnis zur Sache sich zurückzieht (cedit possessione), um den Andern in dasselbe eintreten zu lassen, welche Wirkung aber nur dadurch zustande kommen kann, daß der Andere auch seinerseits die Handlung des gewollten Eintritts in jenes Verhältnis vollzieht. Es müssen diese beiden Handlungen zusammentreffen, damit der nächste Zweck der Besitztradition erreicht wird. Wenn die Besitztradition in der Weise vorgenommen wird, daß der Tradent die Sache nicht unmittelbar übergibt, sondern den, welchem er tradieren will, heißt, sich selbst in den Besitz zu setzen, aus welchem er, der Tradent, zu seinen Gunsten sich zurückzuziehen beabsichtigt, so fallen scheinbar jene beiden Handlungen auseinander; in der That aber fällt nur der Anfang der ersteren Handlung nicht mit der zweiten zusammen; zur Vollendung kommt doch auch hier jene erst in dem Zeitpunkt, in welchem die zweite erfolgt. Es kann das wenigstens insofern nicht bestritten werden, als die Handlung des bisherigen Besitzers Tradition sein soll; dies kann sie erst im Augenblick des Eintritts des Andern in den Besitz werden. Die Frage, ob der Besitz desjenigen, welcher den Andern in den Besitz einweist, schon durch die Einweisung verloren gegangen ist, wenn der Eingewiesene gar nicht in den Besitz eintritt, kann hier noch offen gelassen werden; denn auch, wenn sie zu bejahen sein sollte, könnte doch dann der Besitz nicht als durch Tradition verloren gegangen angesehen werden; es würde sich dann damit nur entscheiden, daß er solo animo, nicht wie es bei wirklich erfolgter Tradition der Fall wäre, animo et corpore verloren gegangen wäre. So lange der Eintritt des Eingewiesenen in den Besitz nur noch nicht erfolgt, aber noch zu erwarten ist, kann jedenfalls der Besitz des Einweisers nicht als verloren gegangen, die Sache als besitzfrei betrachtet, sondern nur ein Schwebezustand angenommen werden. Sonst könnte bei dieser Art der Tradition der Besitzerwerb nicht Succession sein, weil sonst eben sowohl der Besitzzustand der Sache unterbrochen wäre, als das persönliche Besitzverhältnis; der Besitzerwerb könnte dann nur als Nachfolge im Besitz, nicht als Succession gelten. Auch läßt sich die Kluft nicht durch

die Annahme ausfüllen, daß die Einweisungserklärung den Sinn habe, in der Zwischenzeit den Besitz im Namen des Eingewiesenen haben zu wollen; denn diese Annahme würde jeden Grundes entbehren und sogar mit dem wesentlichen Inhalt der Einweisungserklärung in Widerspruch stehen, da dieser ja in der Gestattung besteht, sich in den Besitz der Sache zu setzen, den doch der Eingewiesene schon durch den Einweisenden hätte, wenn dieser von der Einweisungserklärung an schon für ihn besäße. Dies bestätigt auch L. 18 de vi, wo Papinian schreibt:

> Cum fundum, qui locaverat, vendidisset, jussit emptorem in vacuam possessionem ire, quem colonus intrare prohibuit; postea emptor vi colonum expulit: de interdictis unde vi quaesitum est. Placebat colonum interdicto venditori teneri, quia nihil interesset, ipsum an alium ex voluntate ejus missum intrare prohibuerit: neque enim ante omissam possessionem, quam si tradita fuisset emptori, quia nemo eo animo esset, ut possessionem omitteret propter emptorem quam emptor adeptus non fuisset.

In wiefern der Übergang des juristischen Besitzes als solchen durch bloße Willenserklärungen bewirkt werden kann, lassen wir hier noch außer Betracht. Wir sprechen hier nur von der Besitztradition im eigentlichen Sinn des Worts, welche immer nur animo et corpore, nicht solo animo zu Stande kommen kann.

Animo kommt sie zu Stande durch die Willenseinigung darüber, daß der Empfänger in den Besitz des Tradenten eintreten soll, und corpore durch äußerlichen Vollzug des darauf übereinstimmend gerichteten Willens.

In der Wirklichkeit wird bei der Besitztradition der Besitzübergang immer nur als Mittel zur Erreichung eines andern Zwecks gewollt, der Übertragung eines Rechts an der Sache, der Erfüllung oder Begründung einer Verbindlichkeit; der geeinigte Wille hat also in der Regel einen doppelten Inhalt, die Absicht des Besitzübergangs, und die Absicht der Erreichung dieses Zweckes durch denselben. Die Übereinstimmung des beiderseitigen Willens ist aber zum Zustandekommen der Besitz-

tradition und zur Bewirkung der Succession in den Besitz nur erforderlich in Beziehung auf die Absicht des Besitzübergangs, nicht auch in Beziehung auf die Absicht, daß damit ein bestimmter Zweck erreicht werde. Wenn A dem B ein Geldstück in der Meinung überreicht, es ihm darzuleihen, und B es in der Meinung empfängt, daß es ihm geschenkt werden solle, so kann dieses Auseinandergehen der Meinungen und das dadurch bedingte Auseinandergehen der Absichten hinsichtlich der Aufgabe und Übernahme des Besitzes die wirkliche Succession in den Besitz nicht im mindesten hindern, weil für die Besitztradition als solche die Verbindung irgend welcher weiterer Absichten mit derjenigen des Besitzübergangs in dem beiderseitigen Willen etwas ganz zufälliges und unwesentliches ist.

Gleichwohl aber würde der Mangel an Übereinstimmung in Beziehung auf diese weiteren Absichten dann dem Zustandekommen der Besitztradition hinderlich sein, wenn darin zugleich eine Nichtübereinstimmung in Beziehung auf das Verhältnis des neuen persönlichen Besitzzustandes zu dem alten enthalten wäre. Denn wenn z. B. A das Geldstück dem B zur bloßen Aufbewahrung überreichte, und B es als geschenkt in Empfang nähme, so ergäbe sich hieraus, daß A den Besitz des Geldstücks nicht an B abtreten, sondern durch ihn fortsetzen, B aber in den Besitz des A statt seiner eintreten, nicht ihn für A fortsetzen wollte; es würde hier also an der für die Besitztradition notwendigen wesentlichen Willensübereinstimmung fehlen.

Zwei ganz verschiedene Fragen sind aber die, ob wegen eines Mangels an der wesentlichen Willensübereinstimmung die Absicht einer Besitztradition fehlschlage, und daher es zu keiner Succession in den Besitz kommen könne, welche schlechthin zu bejahen ist, und die andere Frage, ob dadurch überhaupt der Erwerb des juristischen Besitzes für denjenigen ausgeschlossen sei, der durch eine solche mißlungene Besitztradition doch den körperlichen Besitz der Sache erlangt habe?

Wird B, welcher das Geldstück aus der Hand des A als vermeintlich geschenktes empfangen hat, deswegen nicht juristischer Besitzer desselben, weil A es ihm nur zur Aufbewahrung eingehändigt hat? So gewiß er wegen dieses Dissenses nicht Eigentümer wird, so gewiß wird er doch ungeachtet desselben ju-

ristischer Besitzer und möglicherweise sogar Usucapionsbesitzer desselben. Er succediert nicht in den Besitz des A; dieser hat aber den Besitz corpore verloren, und B hat, nachdem dadurch die Sache besitzfrei geworden ist, ihren Besitz einseitig animo et corpore erworben. Er hat nur nicht, wie er meinte, einen derivativen, sondern einen originären Besitzerwerb gemacht. Der Wille, den Besitz derivativ zu erwerben, schließt den Willen, ihn originär zu erwerben, nicht aus; denn die Absicht ist in erster Linie auf Besitzerwerb überhaupt, und nur in zweiter Linie auf derivativen Besitzerwerb gerichtet. Und weil zur Erwerbung des Besitzes, den bisher ein Anderer gehabt hat, nicht, wie zum Erwerb des Eigentumes eines Andern, dessen Einwilligung erforderlich ist, so muß notwendig hier zwar das Eigentum bei A bleiben, aber sein verlorener Besitz auf B übergehen, freilich als ein ganz neuer, nicht aus dem des A abzuleitender Besitz.

Man hat gemeint, aus L. 34 pr. de poss. darthun zu können, daß jeder Dissens bei einer beabsichtigten Besitztradition den Erwerb des juristischen Besitzes für denjenigen, an welchen der Besitz tradiert werden soll, schechthin ausschließe, und in der That scheint Ulpian dies hier zu sagen. Aber sehen wir zu, ob dieser Schein nicht bei einer genaueren Betrachtung der Stelle schwindet. Ulpian sagt:

> Si me in vacuam possessionem fundi Corneliani miseris, ego putarem me in fundum Sempronianum missum et in Cornelianum iero, non adquiram possessionem, nisi forte in nomine tantum erraverimus, in corpore consenserimus.

Wenn hiemit wirklich gesagt werden sollte, daß ein wesentliches Mißverständnis, das bei der Besitztradition vorkomme, unmittelbar und notwendig die Wirkung habe, den Erwerb des juristischen Besitzes durch denjenigen, an welchen tradiert werden solle, unmöglich zu machen, so müßte Ulpian sich den Fall, an welchem er dies anschaulich machen will, so gedacht haben, daß der Eingewiesene den Besitz des Grundstücks, in das er sich begab, haben wollte, und dadurch doch wegen des vorausgegangenen Mißverständnisses zwischen ihm und dem Einweiser den juristischen Besitz des Grundstücks nicht erwerben konnte. Hätte er sich aber den Fall so gedacht, so hätte er

zugleich annehmen müssen, daß selbst nach völliger Aufhebung des dissensus derselbe noch den Erwerb des juristischen Besitzes hindere. Denn wenn er im Augenblick des körperlichen Besitzerwerbs eben das Grundstück haben wollte, in welches er eingewiesen war, trotzdem daß er in ein anderes eingewiesen zu sein glaubte, so war ja jetzt, im entscheidenden Zeitpunkt, völliger consensus zwischen ihm und dem Tradenten eingetreten. Jeder von beiden wollte jetzt genau das, was der andere wollte. Daß unter dieser Voraussetzung der Eingewiesene den juristischen Besitz nicht erwerbe, kann Ulpian unmöglich sagen wollen. Er muß notwendig sich den Fall so gedacht haben, daß der dissensus zwischen beiden Teilen noch im Zeitpunkt der Besitzergreifung fortdauerte, d. h., daß noch in diesem Zeitpunkt der Eingewiesene etwas anderes wollte, als der, welcher ihn einwies, obgleich er scheinbar gerade so handelte, wie ihn dieser zu handeln geheißen hatte. Und so war es der Fall, wenn der Eingewiesene auch in diesem Zeitpunkt beide Grundstücke miteinander verwechselte. Die hierin sich kund gebende Fortdauer des Dissenses zwischen ihm und den Tradenten hinderte den Erwerb des juristischen Besitzes; aber nicht der Dissens unmittelbar, sondern die dadurch veranlaßte Nichtübereinstimmung der That mit dem Willen bei dem Besitzergreifer war das unmittelbare Hindernis des Besitzerwerbs. Worauf Ulpian eigentlich aufmerksam machen will, das ist gar nicht dieses, daß überhaupt ein Dissens bei der Besitztradition ihren Erfolg hindern könne, sondern daß eine durch Immission erfolgende Besitztradition scheinbar ganz richtig zum Vollzug kommen, und doch wegen eines durch Dissens veranlaßten Hindernisses mißlingen könne. Denn das ist eben das wahrhaft bemerkenswerte in dem von Ulpian angenommenen Fall, daß der Eingewiesene in das Grundstück eintritt, in welches er eingewiesen ist, und dennoch nicht den juristischen Besitz desselben erwirbt. Es kann das nur eintreten, wenn der Eingewiesene dieses Grundstück nicht haben will, trotzdem daß er in dasselbe eingewiesen worden ist, aber eben dieses wird sich kaum anders begeben können, als so, daß es durch ein Mißverständnis bei der Erteilung und dem Empfang der Einweisung herbeigeführt wird.

Wir werden uns den ganzen Hergang so vorzustellen haben:

A besitzt zwei Grundstücke, das Grundstück C und das Grundstück S. Ich kenne das letztere durch eine Beschreibung nach seiner ganzen Beschaffenheit, nur seine Lage ist mir unbekannt, und ich glaube fälschlich, es habe den Namen C, welchen das andere Grundstück des A wirklich hat. Deshalb frage ich A, ob er mir das Grundstück C zu kaufen geben wolle, obwohl ich in der That das Grundstück S kaufen will. Der Kaufvertrag kommt zwischen uns scheinbar über das Grundstück C zu Stande, A weist mich in dasselbe ein, und ich glaube dadurch in das Grundstück S eingewiesen zu sein. Um davon Besitz zu nehmen, frage ich nach dem Ort, wo das Grundstück C liege; dahin begebe ich mich, trete in das Grundstück C ein, aber mit der Absicht, das Grundstück S in meinen Besitz zu bekommen. Die notwendige Folge ist, daß ich den Besitz des Grundstücks C corpore, aber gar nicht animo erworben, also nur im weiteren Sinn den „Besitz" desselben habe, und folglich nicht juristischen Besitz desselben erlange, sondern nur wie ein Schlafender oder Bewußtloser mich in denselben befinde. Hätte die Abweichung unserer beiderseitigen Vorstellungen von einander nur den Namen eines und desselben Grundstücks betroffen, so wäre dieser Dissens ganz unschädlich gewesen. Daß A wüßte, es heiße C und ich fortwährend glaubte, es heiße S, wäre ohne allen Belang. Dann wäre ich juristischer Besitzer dieses Grundstück dennoch geworden.

Succession kann der Erwerb des juristischen Besitzes auch nur dann sein, wenn derjenige, aus dessen Hand er erworben werden soll, selbst juristischen Besitz der Sache gehabt hat. Wo der juristische Besitz mittelst Überlieferung des körperlichen Besitzes der Sache durch einen Inhaber derselben erworben wird, der sie nur in fremdem Namen besitzt, und nicht von demjenigen in dessen Namen er sie besitzt, wirklich ermächtigt ist, ihren juristischen Besitz zu übertragen, ist der Besitzerwerb originärer, nicht Succession. Aber wenn die Erfordernisse des originären Besitzerwerbs wirklich gegeben sind, so kann er nicht dadurch gehindert werden, daß er nach der Meinung des Erwerbers Succession ist.

In L. 36 pr. de usurp. wird als Beispiel der Möglichkeit, daß eine von einem Nichteigentümer erworbene Sache

usucapiert werden könne, ohne daß das Hindernis der Furtivität entgegenstehe, der Fall angeführt, daß sie von einem Erben des Commodatars, Mieters oder Depositars gekauft und überliefert worden sei, der sie für eine erbschaftliche Sache gehalten habe. In diesem Fall wird also juristischer, ja selbst Usucapionsbesitz mittelst körperlicher Besitzüberlieferung durch einen Besitzer in fremdem Namen erworben; vermeintlich derivativ, in der That aber originär. Der alte juristische Besitz ist corpore verloren gegangen, und sofort ein neuer corpore et animo erworben worden; der Irrtum, als wäre damit eine Succession erfolgt, schadet nichts. Daß in solchen Fällen der Erbe Besitz in eigenem Namen habe, weil er die Sache für eine erbschaftliche Sache halte, kann nicht angenommen werden, weil niemand causam possessionis sibi mutare potest.

Hieraus erhellt, daß in L. 5 C de poss. nicht kann gesagt werden sollen, wer ein Grundstück von einem Pächter kaufe und tradiert erhalte, werde nicht juristischer Besitzer desselben, weil es der Pächter nicht gewesen sei; was darin eigentlich gemeint sei, wird sich freilich nie mit voller Gewißheit feststellen lassen, wie dies ja aber bei kaiserlichen Reskripten, welche auf uns unbekannte Anfragen ergingen, so oft der Fall ist.

Es lautet dieses Reskript so:

> Quum nemo causam sibi possessionis mutare possit, proponasque, colonum nulla extrinsecus accedente causa excolendi occasione ad iniquae venditionis vitium esse prolapsum, Praeses provinciae inquisita fide veri, dominii tui jus convelli non sinet.

Klar ist hiernach nur, daß der Gegner des Anfragenden den Eigentumsanspruch desselben mit einem Einwande zurückweisen zu können glaubte, der in einer während der Pachtzeit eingetretenen Verwandlung der Detention des Pächters in juristischen Besitz seinen Grund haben sollte, und am nächsten liegt dann doch die Vermutung, daß dieser Einwand derjenige der longi temporis possessio war, wobei dann freilich auch ein justum initium der possessio des Verkäufers, welche der Käufer sich zurechnen wollte, behauptet werden mußte. Vielleicht ist in dem Wort: excolere statt schlechthin: colere der

Schlüssel zur Lösung des Rätsels zu finden, welches justum initium behauptet wurde. Der Käufer wird gesagt haben, der Pächter hatte sich wegen der von ihm vorgenommenen Meliorationen des Gutes als Erwerber desselben betrachtet und durfte sich so betrachten. Diese causae mutatio wird für unwirksam erklärt.

Davon, daß der Käufer selbst gar nicht den juristischen Besitz erworben haben könne, weil der Verkäufer als Pächter nur natürlichen Besitz gehabt habe, findet sich in diesem Reskript jedenfalls auch nicht die leiseste Andeutung.

Daß, wenn eine Besitztradition durch eine Mittelsperson vollzogen werde, sie nur dann wirkliche Tradition sei, und als solche den Besitz von dem bisherigen Besitzer auf den Empfänger überleite, diesen zum Successor des Vorgängers im Besitze mache, wenn die Mittelsperson zum Vollzug der Tradition eine gültige und zwar noch im Augenblick des Vollzugs gültige Vollmacht dazu habe, wird, wie es sich von selbst versteht, durch L. 33 de poss. ausdrücklich bestätigt. Aber auch hier wird dadurch die andere Frage nicht berührt, ob der Empfänger des körperlichen Besitzes nicht trotzdem juristischen Besitz originär erwerbe. Allerdings wird diese Frage, wo es sich um den Besitz eines Grundstücks handelt, verneint werden müssen, wenn die Mittelsperson, welche die Tradition ohne Vollmacht vollzieht, nicht zugleich Besitzer desselben im Namen des bisherigen Besitzers ist, weil, wer ein Grundstück unmittelbar besitzt, den juristischen Besitz desselben nur durch erhaltene Kenntnis von dem neuen Besitzerwerb verlieren kann. Aber den juristischen Besitz einer beweglichen Sache erwirbt der, welchem sie ein nicht ermächtigter Dritter körperlich überliefert, jedenfalls, indem er sie mit dem Willen, sie für sich zu haben und zu behalten, körperlich in Besitz nimmt; es wird dadurch der juristische Besitz des Vorgängers aufgehoben, und es nimmt dadurch ein neuer juristischer Besitz des Empfängers der Sache seinen Anfang.

Ebenso verhält es sich, wenn die Besitztradition wegen mangelnder rechtlicher Handlungsfähigkeit des Tradenten als Veräußerung des Besitzes wirkungslos ist. Der Empfänger kann dadurch nicht Successor des Tradenten im Besitze werden; aber wenn dadurch der Trabent den Besitz körperlich verliert,

ſo wird der Empfänger dennoch juriſtiſcher Beſitzer; nur hat die Unwirkſamkeit der Tradition als Beſitzveräußerung zur Folge, daß der von dem Empfänger erworbene juriſtiſche Beſitz als ein aus dem Vermögen des Tradenten in das ſeinige sine causa übergegangener Vermögensbeſtandteil ihm dem Wert nach wenigſtens durch eine condictio wieder abgefordert werden kann.

So ſind folgende Stellen zu verſtehen.

1) L. 29 de poss.

> Possessionem pupillum sine tutoris auctoritate amittere posse constat, non ut animo, sed ut corpore desinat possidere: quod est enim facti, potest amittere. alia causa est, si forte animo velit amittere: hoc enim non potest.

Daß hier durchaus an eine traditio possessionis, nicht an einen Verluſt des Beſitzes durch Zufall zu denken iſt, folgt daraus, daß es ſich dabei durchweg um die Frage nach der Entbehrlichkeit oder Notwendigkeit der tutoris auctoritas handelt, welche Frage in Beziehung auf Verluſt des Beſitzes durch Zufall aufzuwerfen, völlig ſinnlos wäre. Daß die tutoris auctoritas zur vollen Wirkſamkeit einer Beſitzveräußerung des Pupillen entbehrlich ſei, wird nicht geſagt, wohl aber, daß ihr Mangel den körperlichen Verluſt des juriſtiſchen Beſitzes nicht hindern könne, woraus aber auch weiter folgt, daß er den originären Erwerb des juriſtiſchen Beſitzes durch den Empfänger nicht hindern kann. Anders verhält es ſich, wird geſagt, wenn der Pupill den juriſtiſchen Beſitz aufgeben will, ohne den körperlichen Beſitz aufzugeben, wie es bei dem ſ. g. constitutum possessorium der Fall iſt; hier iſt der ſo gewollte Verluſt des juriſtiſchen Beſitzes ſchlechthin unmöglich.

2) Nur ſcheinbar ſteht damit in Widerſpruch L. 11 de A. R. D.

> Pupillus quantum ad adquirendum non indiget tutoris auctoritate: alienare vero nullam rem potest nisi praesente tutore auctore, et ne quidem possessionem, quae est naturalis, ut Sabinianis visum est; quae sententia vera est.

Wäre alienare possessionem gleichbedeutend mit amittere possessionem, so wäre freilich diese Stelle mit der vorigen nicht zu vereinigen. Aber jedenfalls bedeutet das Wort alienare, wo es in seinem eigentlichen Sinne gebraucht wird, nicht einseitigen Verlust, sondern es bedeutet: machen, daß was mein ist, dein werde, und folglich einen successiven Erwerb bewirken. Und daß ein Pupill für sich allein auch den bloßen Besitz, nicht nur das Eigentum mit dem Besitz, in jenem Sinn zu veräußern unvermögend sei, läugnet ja auch L. 29 cit. nicht. Man wird aber hier alienare in noch prägnanterem Sinn nehmen dürfen, so daß es eine freiwillige Vermögensverminderung bedeutet. Eine solche läge nun auch darin, daß ein Pupill ohne tutoris auctoritas eine Sache, deren Eigentümer er nicht (jedenfalls nicht mehr) wäre, sondern die er nur in seinem juristischen Besitz hätte, einem Andern, ohne rechtliche Verpflichtung dazu, einhändigte, um seinen juristischen Besitz auf ihn zu übertragen, und damit für diesen eine Bereicherung durch Verminderung seines eigenen Vermögens zu bewirken. Diese Absicht kann er nicht erreichen, d. h. nicht so, daß für den Empfänger durch seinen Erwerb des juristischen Besitzes eine wirkliche, bleibende Bereicherung bewirkt würde. Es wird vielmehr dadurch gegen denselben für den Pupillen eine condictio sine causa begründet.

3) Eben dieses ist auch ohne Zweifel die Meinung Ulpians in L. 46 de donat. i. V. & U. (24, 1):

> Inter virum et uxorem nec possessionis ulla donatio est.

Daß die zum Vollzug einer Schenkung zwischen Ehegatten vorgenommene Besitztradition nur nicht Eigentumserwerb, wohl aber den Erwerb des juristischen Besitzes (freilich nicht der civilis possessio) für den Empfänger bewirkt, kann Ulpian weder hier verneinen wollen, noch in L. 3 §. 10 eod., wenn er in dieser Stelle sagt: si corpus sit, quod donatur (sc. a viro uxori), nec traditio quicquam valet; denn in L. 13 §. 1 de H. P. (3, 5) lesen wir von ihm die Worte: placet nobis Juliani sententia pro possessore possidere eum, (nämlich der von dem andern Gatten beschenkte Gatte); d. h. die Meinung, daß er zwar nicht pro donato, aber pro possessore besitze, als solcher aber juristischer Besitzer sei. In L. 3 §. 10

cit. bedeuten die oben angeführten Worte nach dem Zusammenhange: es ist nicht nur ein Schenkungsversprechen zwischen Ehegatten nichtig, sondern es hat auch bei der rei oder corporis donatio die Tradition als Eigentumsübertragung keine Kraft. In unserer L. 46 aber kann Ulpian nur meinen, die Schenkung sei zwischen Ehegatten auch in ihrer Beziehung auf den Besitz, nicht bloß in ihrer Beziehung auf das Eigentum insofern nichtig, daß der beschenkte Gatte den juristischen Besitz, den er allerdings erwirbt, nicht als geschenkten haben und geltend machen könne; es könne also der Schenker auch wegen der durch den bloßen Besitzverlust erlittenen Vermögensverminderung ihn wirksam mit der condictio possessionis ex injusta causa belangen.

Ein Wortspiel (eine cavillatio) hat sich Javolenus gestattet, indem er (L. 21 de poss.) schrieb:

> Interdum ejus possessionem, cujus ipsi non habemus, alii tradere possumus, veluti cum is, qui pro herede rem possidebat, antequam dominus fieret, precario ab herede eam rogavit.

Was schlechthin unmöglich ist, nämlich zu geben, was man selbst nicht hat, kann auch „dazwischen einmal" nicht vorkommen. Das Beispiel, woran Javolenus zeigen will, daß zuweilen jemand den Besitz einer Sache überliefern könne, ohne ihn selbst zu haben, ergibt, daß er bei der Aufstellung dieses Satzes die Zweideutigkeit des Wortes possessio benützt. Er gebraucht es, indem er sagt, der Tradent habe die possessio selbst nicht, in der Bedeutung des körperlichen Besitzes, und indem er sagt, daß dieser doch die possessio tradiere, in der Bedeutung des juristischen Besitzes. Der Erbe, welchen der possessor pro herede um prekäre Überlassung der erbschaftlichen Sache ersucht, hat in diesem Augenblick den körperlichen Besitz nicht. Aber den juristischen Besitz erwirbt er eben dadurch, daß der possessor pro herede sich die Sache von ihm precario erbittet; denn damit gibt er zu erkennen, daß er jetzt nicht mehr pro herede, sondern im Namen des Erben körperlich besitzen und nur einen andern neuen juristischen Besitz als Prekarist empfangen wolle. Der Erbe tradiert also einen juristischen Besitz, den er hat; und den körperlichen Besitz, den er nicht

hat, trabiert er auch nicht, weil diesen der Andere schon selbst hat.

Der Wille, den juristischen Besitz zu übertragen, kann auch ein bedingter sein, und zwar entweder so, daß auch die durch die Besitzübertragung zu vermittelnde Eigentumsübertragung oder so, daß nur die Übertragung des juristischen Besitzes eine bedingte sein soll:

L. 38 §. 1 de poss.:

> Si quis possessionem fundi ita tradiderit, ut ita demum cedere ea dicat, si ipsius fundus esset, non videtur possessio tradita, si fundus alienus sit. hoc amplius existimandum est possessiones sub condicione tradi posse, sicut res sub condicione traduntur, neque aliter accipientis fiunt, quam condicio exstiterit.

Bloß die Übertragung des juristischen Besitzes wäre bedingt, es wäre nur die possessio, nicht die res bedingt trabiert, wenn z. B. bei einem Depositum ausgemacht würde, daß unter einer bestimmten Bedingung die hinterlegte Sache dem Depositar als Faustpfand für eine Forderung haften solle: unter dieser Bedingung wäre dann durch die körperliche Übergabe der Sache der juristische Besitz derselben übertragen.

In beiden Fällen, sowohl dem der res, als dem der possessio sub condicione tradita geht natürlich ganz ebenso, wie bei unbedingter Tradition, der körperliche Besitz auf den Empfänger schlechthin über; unentschieden ist es nur, ob derselbe den Charakter des juristischen oder des Besitzes in fremdem Namen habe.

So lange die Bedingung schwebt, bleibt der Trabent in beiden Fällen, wie Eigentümer, (wenn er es jetzt ist), so auch juristischer Besitzer; der Empfänger besitzt die Sache in dessen Namen; erst wenn die Bedingung eintritt, wird er juristischer Besitzer. Daß bei bedingter rei traditio der Trabent Eigentümer bleiben, und doch der Empfänger schon jetzt nicht in seinem, sondern in eigenem Namen besitzen sollte, wäre ganz unbegreiflich, und es steht dies auch in den Quellen nirgends geschrieben. Hat die Bedingung den Sinn, daß ihr Eintritt rückwirkende Kraft haben soll, so entscheidet es sich dann freilich

durch ihren Eintritt, daß der Empfänger schon von dem Augenblick der Tradition an als Eigentümer zu gelten hat, während die Thatsache, daß er inzwischen in fremdem Namen besaß, dadurch nicht ungeschehen gemacht werden kann. Hiedurch ist aber keineswegs die Folgerung berechtigt, daß eben deshalb der Besitz bei bedingter Tradition des Eigentums sofort als juristischer gelten müsse, weil sonst jene Rückwirkung hinsichtlich des Eigentums nicht stattfinden könnte. Denn es soll eben dann das Eigentum als durch die schlechthinnige körperliche Tradition sofort erworben gelten. Zu dem, was ich schon in meiner Schrift: „Zur Lehre von den Nebenbestimmungen von Rechtsgeschäften" §. 35, S. 142 ff. gegen die Meinung eingewandt habe, daß bei einer Tradition zu bedingter Eigentumsübertragung auch schon während des Schwebens der Bedingung der Empfänger im Zweifel juristischen Besitz habe, füge ich jetzt nur noch dies bei. Es müßte dann durch eine solche Tradition die Usucapion des Tradenten unterbrochen werden, wenn derselbe bloßer Usucapionsbesitzer wäre, ohne daß der Empfänger sofort usucapieren könnte, und bei dem Ausfall der Bedingung müßte also der Tradent die Usucapion von neuem beginnen, ohne sich die Besitzzeit des Empfängers zurechnen zu können. Dies liegt aber doch gewiß nicht im Sinn einer solchen bedingten Tradition.

Daß, wie oben behauptet wurde, die Besitzübertragung nur durch wirklichen Besitzerwerb dessen zu Stande kommen kann, auf welchen der Besitz übergehen soll, wird besonders bestätigt durch L. 48 de poss.:

> Praedia cum servis donavit eorumque se tradidisse possessionem litteris declaravit. si vel unus ex servis, qui simul cum praediis donatus est, ad eum qui donum accepit, pervenit, mox in praedia remissus est, per servum praediorum possessionem quaesitam ceterorumque servorum constabit.

Die schriftliche Erklärung des Schenkers, von welcher hier die Rede ist, soll eine Traditionserklärung in dem engeren Sinne sein, daß derselbe damit nur seinen Willen kund gibt, den Besitz zu Gunsten des Schenknehmers aufzugeben. Damit ist er aber nicht auch sofort auf diesen übergegangen; der Schenknehmer muß erst seinerseits die Tradition durch Besitz-

ergreifung zur Vollendung bringen, und dies soll dadurch geschehen können, daß er erst den einen zu ihm kommenden geschenkten Sklaven in Besitz nimmt und dann durch diesen die Grundstücke und die übrigen Sklaven in Besitz nehmen läßt.

In geradem Widerspruch hiemit scheint zu stehen ein Reskript von Severus und Antoninus, L. 1 C. de donat. (8, 54):

> Emptionum mancipiorum instrumentis donatis et traditis et ipsorum mancipiorum donationem et traditionem factum intelligis; et ideo potes adversus donatorem in rem actionem exercere.

Denn hier scheint gesagt zu werden, daß immer schon durch die bloße Schenkung und Überlieferung der Urkunden über den Erwerb von Sklaven, die geschenkt werden wollen, der Besitz dieser Sklaven selbst übergehe. Damit wäre aber ein ganz neuer und höchst bedenklicher Grundsatz über den Besitz- und mittelbar auch über den Eigentumserwerb aufgestellt. Natürlich kann das die Absicht eines Reskripts nicht sein, und es können jedenfalls auch die Verfasser des Codex das Reskript nicht so verstanden haben, weil sie es sonst nicht in den Titel von den Schenkungen, sondern in den vom Besitzerwerb eingereiht hätten. Ohne Zweifel haben sie das Reskript nur so verstanden und haben auch wir es nur so zu verstehen, daß es sagen soll: weil nach den besondern Umständen des Falles (über welche jedem, der nur das Reskript vor sich hat, lediglich Vermutungen möglich sind), der Schenknehmer einsehen müsse, daß durch die Übergabe jener Urkunden zugleich die Übergabe der Sklaven erfolgt sei (traditionem ipsorum mancipiorum factam intelligis), so könne er getrost eine dingliche Klage gegen den Schenker anstellen. Es scheint mir ganz überflüssig, sich um die Erratung der besondern Umstände zu bemuhen, welche in dem gegebenen Fall die Tradition als erfolgt erscheinen ließen. Wie jedoch der sehr wahrscheinliche, von Savigny angenommene Umstand, daß die Sklaven bei der Übergabe der Urkunden anwesend waren, die in dem Reskript ausgedrückte Voraussetzung des dadurch unmittelbar erfolgten Übergangs ihres Besitzes auf den Beschenkten vollkommen zu rechtfertigen vermöchte, wird gleich hernach sich ergeben.

Sehr beachtenswert ist in Beziehung auf den Besitzerwerb durch Tradition auch L. 6 de donat. (39, 5).

> Qui saxum mihi eximere de suo permisit donationis causa, statim cum lapis exemptus est, meus fit, neque prohibendo me evehere efficit, ut meus esse desinat, quia quodammodo traditione meus factus est; plane si mercenarius meus exemit, mihi exemit. Sed si quis a me emerat, sive mercede conduxerat, ut paterer eum sibi jure eximere, si antequam eximat, me poenituerit, meus lapis durat, si postea, ipsius factum avocare non possum: quasi traditio enim facta videtur, cum eximitur domini voluntate. quod in saxo est, idem erit etiam, si in arbore caesa vel dempta acciderit.

Gleichviel ob die Erlaubnis des Eintritts in unsern Besitz sofort mit der Schenkungsabsicht gegeben, oder nur noch gegen Geldvergütung versprochen ist, so ist der Besitz wie durch Tradition erworben, sobald die Apprehensionshandlung in eigner Person oder durch einen dazu beauftragten Andern vollzogen ist, aber auch erst dann. Wird vorher die Erlaubnis, wenn auch rechtswidrig, mit Verletzung einer eingegangenen Verpflichtung, zurückgezogen, so verändert die Apprehension des Andern am Eigentum nichts (meus lapis durat), es ist nun der dennoch erlangte Besitz nicht durch Tradition erworben, sondern originär, so daß er nicht einen Eigentumsübergang bewirken kann.

Der Unterschied zwischen den Erfordernissen, welche die Apprehension (der körperliche Besitzerwerb) bei einer Besitzübertragung hat, von denjenigen, welche sie bei dem einseitigen, ursprünglichen Besitzerwerb hat, beruht darauf, daß es sich bei der Besitzübertragung nicht um erstmalige Herstellung oder Wiederherstellung des Besitzzustandes der Sache handelt. Dieser dauert hier ununterbrochen fort; der Besitzerwerb ist nur Eintritt in das persönliche Besitzverhältnis des Vorgängers. Es ist also für denjenigen, auf welchen der juristische Besitz übertragen wird, zum körperlichen Besitzerwerb nur erforderlich, daß er in eine solche körperliche Beziehung zu der Sache versetzt wird, vermöge welcher er augenblicklich fortfahren kann, so auf sie einzuwirken, wie es der Tradent bisher thun konnte.

Daher heißt es in L. 18 §. 2 de poss.:

> Si vicinum mihi fundum mercato venditor in mea turre demonstret vacuamque sepossessionem tradere dicat, non minus possidere coepi, quam si pedem finibus intulissem.

Ich müßte in das Grundstück eintreten, wenn es jetzt erst oder wieder in den Besitzzustand gebracht werden sollte. Nun ist es in diesen schon längst gekommen und noch darin befindlich. Es braucht nur der Verkäufer mir Platz zu machen, daß ich in sein persönliches Besitzverhältnis zu dem Grundstück, wie es bis jetzt besteht, eintreten kann, was er durch seine Traditionserklärung thut, und ich brauche nur in der Lage zu sein, daß ich sofort dieses Verhältnis, wie ich will, fortsetzen kann. Dazu genügt meine unmittelbare Nähe bei dem Grundstück, die es mir gestattet, im nächsten Augenblick in das Grundstück mich zu verfügen. Das ist aber auch nötig, daß ich die Traditionserklärung unmittelbar bei dem Grundstück empfange; sonst könnte mich ja noch gar manches hindern, das Besitzverhältnis des Verkäufers dazu wirklich fortzusetzen.

Lesen wir nun gleichwohl in den vorausgehenden Worten unserer Stelle:

> Si venditorem quod emerim deponere in mea domo jusserim, possidere me certum est, quamquam id nemo dum attigerit,

so erklärt sich das von selbst daraus, daß, was in meinem Hause ist, ebenso bei mir ist, wie ich bei einem Grundstück, neben dem ich stehe. Es ist mir dadurch — beim regelmäßigen Verlauf der Dinge — die Möglichkeit, das Besitzverhältnis des Verkäufers zu dieser Sache, so bald ich will, fortzusetzen, gesichert.

Daß ich eine bewegliche Sache, in deren Besitz ich anstatt eines Andern eintreten soll, der sich bereit zeigt, mir ihren Besitz abzutreten, in die Hand nehme, mit mir wegnehme, oder durch irgend eine Körperbewegung an mich nehme, ist nicht nötig, wenn ich nur sie augenblicklich an mich nehmen kann.

Dies wird ausgeführt in L. 1 §. 21 de poss.:

> Si jusserim venditorem procuratori rem tradere, cum ea in praesentia sit, videri mihi traditam,

Priscus ait, idemque esse, si nummos debitorem jusserim alii dare. non est enim corpore et actu necesse adprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu; argumento esse eas res, quae propter magnitudinem ponderis moveri non possent, ut columnas, nam pro traditis eas haberi, si in re praesenti consenserint: et vina tradita videri, cum claves cellae vinariae emptori traditae fuerint.

Das Wort: »actu« der Florentina bedarf nicht der Veränderung in »tactu«; denn es soll nach dem Zusammenhang wirklich die Notwendigkeit *jeder* Körper-Bewegung, nicht bloß der *Berührung* vonseiten des Besitzerwerbers verneint werden. Die Gegenwart der Sache ist erforderlich, damit ich jetzt gleich, wenn ich will, selbst, ebenso wie bisher der Tradent es konnte, auf sie einwirken *kann*. Aber ich muß nicht jetzt gleich selbst *wirklich* körperlich auf sie einwirken, weil sie schon im Besitzzustand sich befindet. Es genügt, daß der Tradent den Willen zu erkennen gibt, seinen Besitz jetzt zu meinen Gunsten aufzugeben, und daß ich, wenn ich will, jetzt statt seiner und so wie er es bisher konnte, auf sie einwirken kann. Es hat damit sein persönliches Besitzverhältnis zur Sache auch als körperliches aufgehört, denn ich könnte ihn sofort an seiner Fortsetzung hindern; und es hat das meinige damit begonnen.

Jenen Willen aber, mir im Besitz der Sache zu weichen, kann der Tradent durch die bloße Annahme meines Auftrags zu erkennen geben, dieselbe an einen Andern für mich abzuliefern, und ich mache meinesteils bereits von dem erworbenen Besitz Gebrauch, indem ich ihm diesen Auftrag erteile, wenn derselbe nur nicht den Sinn hat, daß die Sache erst damit, daß sie durch den Vollzug desselben zu mir gelangt, in meinen Besitz übergehen soll; denn dann würde freilich weder die Erteilung, noch die Übernahme des Auftrags an dem bisherigen persönlichen Besitzverhältnis eine Änderung hervorbringen. Die Übertragung des Besitzes schwer beweglicher Sachen, wie es Säulen sind, erfolgt gewöhnlich durch bloße Willenserklärungen in ihrer Gegenwart, daß der Tradent ihren Besitz aufgebe und der Andere ihn übernehme; es genügt, daß er nun, sobald er will,

Anstalten treffen kann, sie fortschaffen zu lassen. Der Übernehmer macht dann durch ihr Fortschaffenlassen Gebrauch von seinem schon erworbenen Besitz. Durch die Übergabe der Schlüssel zum Weinkeller erhält der Käufer das Mittel, den dadurch erworbenen Besitz des erkauften, darin gelagerten Weines mittelst Wegschaffung der Fässer, in welchen der Wein ist, zu bethätigen, er wird nicht erst durch ihre Abholung Besitzer.

Man verkennt die wahre Bedeutung der Schlüsselübergabe, wenn man es für gleichgültig hält, ob sie bei dem Behältnis, oder entfernt davon erfolgt. Sie bringt nicht, wie das Niederlegen in unserem Hause, die Sachen, welche in dem Behältnis eingeschlossen sind und in unsern Besitz übergehen sollen, in unsern Gewahrsam, sondern verschafft uns nur die Möglichkeit, das Behältnis zu öffnen, um, was uns beliebt, mit den Sachen vorzunehmen. Die Sachen würden ungeachtet der Schlüsselübergabe samt dem Behältnis im Besitze und Gewahrsam des Tradenten bleiben, wenn uns nicht die der Schlüsselübergabe vorausgegangene oder in ihr enthaltene Besitzaufgabeerklärung des Tradenten, verbunden mit unserer Gegenwart bei dem Behältnisse die Möglichkeit sofortiger Fortsetzung des Besitzverhältnisses des Tradenten verschafft hätte. Sollen uns die Schlüssel selbst erst diese Möglichkeit verschaffen, weil wir nicht bei dem Behältnisse sind, so kommen wir erst dann in den Besitz der Sachen, welche sich darin befinden, wenn wir mit den Schlüsseln zn dem Behältnisse gekommen sind. Daß in L. 9 §. 6 de A. R. D. gesagt wird: item si quis merces in horreo repositas vendiderit, simul atque claves horrei tradiderit emptori, transfert proprietatem mercium ad emptorem, ohne daß dabei des Erfordernisses der Gegenwart bei der Scheune ausdrücklich erwähnt wird, beweist dagegen nichts. Das Anfangswort dieses Satzes: »item« deutet auf den vorausgehenden Satz hin, welcher sagt, es könne zuweilen durch bloße Willenserklärung das Eigentum ohne Tradition übertragen werden, wie z. B. in Fällen der s. g. brevi manu traditio. Ein solches weiteres Beispiel soll die Schlüsselübergabe sein, d. h. also ein Beispiel von Übereignung durch bloße Willenserklärung, die hier als in der Schlüsselübergabe enthalten betrachtet wird. Nur das also soll hier gesagt werden, daß auch in diesem Fall die Übereignung ohne

körperliche Überlieferung der Sachen vor sich geht. Über die Art und Weise, wie die Schlüsselübergabe erfolgen müsse, um die körperliche Überlieferung der Waren entbehrlich zu machen, war an diesem Orte keine Veranlassung, etwas weiteres zu bemerken; es konnte als selbstverständlich mit Stillschweigen übergangen werden, daß die Schlüssel bei der Scheune übergeben werden müßten. In L. 74 de contrah. emt. wird dieses Erfordernis nachdrücklich hervorgehoben, und in unserer L. 1 §. 21 de poss. bestimmt genug dadurch angedeutet, daß hier durchweg von praesentia rei die Rede ist.

Sehr anregende und belangreiche weitere Bemerkungen über den derivativen Besitzerwerb schwer beweglicher und schwer faßbarer Sachen finden sich in L. 51 h. t. von Javolenus:

> Quarundam rerum animo possessionem apisci nos ait Labeo: veluti si acervum lignorum emero et eum venditor tollere me jusserit, simul atque custodiam posuissem, traditus mihi videtur. idem juris esse vino vendito, cum universae amphorae vini simul essent. sed videamus, inquit, ne haec ipsa corporis traditio sit, quia nihil interest, utrum mihi an et cuilibet jusserim custodia tradatur. In eo puto hanc quaestionem consistere, an etiam si corpore acervus aut amphorae adprehensae non sunt, nihilo minus traditae videantur: nihil video interesse, utrum ipse acervum an mandato meo aliquis custodiat: utrobique animi quodam genere possessio erit aestimanda.

Ein Holzhaufen oder ein in mehreren beisammenstehenden Krügen enthaltener Wein kann zum Vollzug eines darüber abgeschlossenen Kaufes nicht durch Ergreifung mit der Hand in Besitz genommen werden. Die Erklärung des präsenten Traditionswillens wird vonseiten des Verkäufers gewöhnlich in der Form der Aufforderung, den Kaufgegenstand fortschaffen zu lassen, abgegeben werden. [1]) Der Besitzerwerb erfolgt aber dann nicht

1) Es kann darauf, daß dieser Aufforderung entsprochen werde, wenn es im Interesse des Verkäufers liegt, mit der a. venditi geklagt werden: Si is, qui lapides ex fundo emerit, tollere eos nolit, ex vendito agi cum eo potest, ut tollat. L. 9 de A. E. V. (19, 1).

erſt dadurch, daß dieſer Aufforderung wirklich entſprochen wird; er kann insbeſondere ſofort dadurch erfolgen, daß der Käufer einen Hüter aufſtellt. Das Weſentliche in der Erklärung des präſenten Traditionswillens beſteht darin, daß dadurch der Wille zu erkennen gegeben wird, ſich von dem Beſitz des Kaufgegenſtandes zurückzuziehen und die Bewahrung desſelben von jetzt an dem Käufer anheimzugeben. Dem wird eben ſo gut dadurch entſprochen, daß der Käufer in eigner Perſon die Bewahrung bis zur Fortſchaffung übernimmt. Der Beſitzübergang kann alſo durch bloße Willenserklärungen in Gegenwart der Sache zur Vollendung gelangen, ohne irgend eine äußerliche Handlung. Es kommt nur auf die Thatſache der phyſiſchen Möglichkeit an, das perſönliche Beſitzverhältnis des Tradenten unmittelbar fortzuſetzen. Es geht inſofern dann immer hier der Beſitzerwerb gewiſſermaßen solo animo vor ſich, ohne eine körperliche Ergreifung der Sache.

Es klärt uns dieſe Stelle zugleich darüber auf, was in L. 1 §. 21 de poss. als Inhalt des Conſenſes zu denken iſt, wenn hier geſagt wird, es genüge zur Tradition ſchwer beweglicher Sachen »si in re praesenti consenserint«. Gewiß könnte bei einem Kauf ſolcher Sachen hiezu nicht der Conſens über Ware und Preis hinreichen, d. h. der zur Abſchließung des Kaufskontrakts erforderliche Conſens, ſondern es muß der Conſens über den Beſitzübergang ſein, und dieſer beſteht eben bei derartigen Sachen weſentlich darin, daß der Käufer die custodia über die Sachen von dem gegenwärtigen Augenblick an übernehmen ſoll und will.

Hiedurch gewinnen wir auch das Mittel, um den ſcheinbaren Widerſpruch zwiſchen den zwei folgenden Stellen zu löſen.

L. 1 §. 2 de periculo & comm. r. v. ſagt:

> Si dolium signatum sit ab emptore. Trebatius ait, traditum id videri: Labeo contra, quod et verum est: magis enim ne commutetur, signari solere, quam ut traditum videatur.

Dagegen leſen wir in L. 15 (14) §. 1 eod.:

> Materia empta si furto perisset, postquam tradita esset, emptoris esse periculo respondit, si minus,

venditoris: videri autem trabes traditas, quas emptor signasset.

Die Zeichnung von Sachen, wie es Weinfässer oder Bauhölzer sind, von Seiten des Käufers ist eine zweideutige Handlung: sie kann nur die Verwechslung verhüten, sie kann aber auch bedeuten sollen, daß der Käufer von jetzt an die custodia selbst übernehme. In jenem Fall kann dadurch die Tradition nicht als erfolgt gelten, wohl aber in diesem. In der ersten Stelle soll gesagt werden, es darf die Zeichnung nicht schlechthin als Empfangnahme gelten, weil sie auch nur zur Verhütung von Verwechslung geschehen kann, was sogar wahrscheinlicher ist. In der zweiten Stelle wird vorausgesetzt, daß die Zeichnung habe Übernahme der custodia bedeuten sollen, darum wird hier gesagt, es scheine, daß das Bauholz, welches der Käufer gezeichnet habe, tradiert sei. Es lassen sich beide Stellen so vereinigen, und sie müssen für das Justinianische Recht so vereinigt werden. Möglich ist es freilich, daß sie ihrem ursprünglichen Sinn nach eine Meinungsverschiedenheit zwischen Ulpian und Paulus ausdrückten, wie eine solche ja nach der ersteren Stelle jedenfalls zwischen früheren Juristen hierüber bestanden hat.

Und nun erhellt auch von selbst, daß, wenn im Falle der L. 1 C. de donat. (8, 54) die Sklaven bei der Übergabe der Urkunden über ihren Erwerb zugegen waren, durch jene Übergabe ihr Besitz sofort auf den Beschenkten übergehen mußte. In der Übergabe der Urkunden lag die Erklärung des präsenten Traditionswillens.

§. 17.

Übertragung des juristischen Besitzes ohne Veränderung des körperlichen Besitzverhältnisses.

In der Regel geschieht die Übertragung des juristischen Besitzes mittelst Übertragung des körperlichen Besitzes. Es kommen aber im Leben auch Fälle vor, worin der juristische Besitz übertragen wird, ohne daß eine Veränderung im körperlichen Besitzverhältnisse vor sich gehen soll, und eben deswegen dann mittelst bloßer Willenseinigung zwischen dem Übertragenden und dem Überkommenden, wofür es ganz gleichgültig ist,

ob sie beisammen oder von einander abwesend sind: der juristische Besitz geht über, sobald beide Teile das Bewußtsein der Willenseinigung haben.

Solche Übertragung des juristischen Besitzes heißt bei uns brevi manu traditio, wenn sie so geschieht, daß der ihn Überkommende, und constitutum possessorium, wenn sie so geschieht, daß der Übertragende im unveränderten körperlichen Besitzverhältnisse zur Sache bleiben soll, wie wenn z. B. der bisherige Pächter eines Grundstücks fortan als Eigentümer, oder der bisherige Eigentümer und Besitzer eines Grundstücks fortan als Pächter den körperlichen Besitz desselben ununterbrochen fortsetzen soll.

Daß bei der brevi manu traditio unmittelbarer Erwerb des juristischen Besitzes von dem Übertragenden (aus seiner Hand) stattfinde, ist unverkennbar und auch nie verkannt worden. Dagegen pflegt allgemein beim consitutum possessorium der Erwerb des juristischen Besitzes als Erwerb desselben durch den Übertragenden als Erwerbsstellvertreter betrachtet zu werden. Auch ich habe bisher, dem allgemeinen Gebrauch, obwohl nicht ohne inneres Widerstreben folgend, in meinem Institutionenlehrbuch das constitutum possessorium so dargestellt. Es ist mir aber jetzt völlig klar geworden, daß auch hierbei der Erwerb des juristischen Besitzes unmittelbarer Erwerb von dem Tradenten, nicht durch ihn ist. Wenn ich ein Grundstück an jemand verkaufe und zugleich von ihm pachte, so wäre es nichts als eine leere Demonstration, ein völlig zweckloses Hin- und Hergeben, wenn ich es zum Vollzug des Kaufvertrags dem Käufer tradierte und dann mir von ihm in demselben Augenblick zum Vollzug des Pachtvertrags zurückgeben ließe; dies sinnlose Spiel unterbleibt, weil ja im körperlichen Besitzverhältnisse keine Veränderung vor sich gehen soll. Der juristische Besitz geht durch die beiderseitige Erklärung unseres hierüber einigen Willens über; weshalb dabei fingiert werden sollte, daß ich erst als Stellvertreter des Käufers den juristischen Besitz für ihn von mir selbst erwerbe, ist durchaus nicht einzusehen. Es hat diese beliebt gewordene Fiktion keinen besseren Grund, als ihn die hätte, daß bei der brevi manu traditio der Pächter als Stellvertreter des Verpächters das Grundstück,

das er im körperlichen Besitz hat, an sich selbst tradiere, um dadurch seinen juristischen Besitz zu erlangen. Man kann nur in dem Sinn sagen, daß beim constitutum possessorium der Erwerber des juristischen Besitzes ihn durch sein bisheriges Subjekt erlange, in welchem man auch bei der regelmäßigen unmittelbaren possessionis traditio sagen kann, der Empfänger erwirbt den Besitz zugleich von dem Tradenten und durch ihn, d. h. durch seine Hülfeleistung zum Erwerb, bestehend in dem Zurückweichen aus dem Besitz, damit der Andere in denselben eintreten könne.

Stellen wir uns vor, der Verkäufer tradierte das Grundstück zum Vollzug des Kaufs an den Käufer, und ließe es sich hernach von diesem zurückgeben zum Vollzug des Pachtvertrags, so ginge durch die erste Tradition der juristische Besitz auf den Käufer über, durch die zweite würde nichts bewirkt, als daß der Verkäufer in sein ehemaliges körperliches Verhältnis zum Grundstück zurückversetzt würde. Der Verkäufer würde durch diese neue Apprehension des Grundstücks nicht als Stellvertreter des Käufers diesem den juristischen Besitz erwerben, den er ja schon hätte, sondern nur seinerseits in den natürlichen Besitz des Grundstücks wieder gelangen; nur als Stellvertreter des Käufers zur Fortsetzung, nicht zur Erwerbung des juristischen Besitzes würde er in die Detention wieder eintreten.

Der Trabent ist beim constitutum possessorium keinen Augenblick etwas anderes, als was er nach der wahren Absicht des zur Veräußerung der Sache hinzutretenden Geschäfts werden soll, Stellvertreter in der Fortsetzung des von ihm auf den Empfänger unmittelbar übergehenden juristischen Besitzes; Stellvertretung in der Fortsetzung des juristischen Besitzes ist aber etwas ganz anderes, als Stellvertretung im Erwerb desselben, und hat auch eine ganz andere Grundlage als diese; jene hat zur Grundlage einen Auftrag zu einer einzigen in sich abgeschlossenen Handlung, diese einen zu einem dauernden Verhalten rechtlich oder doch moralisch verpflichtenden Empfang.

Wir haben zwei Quellenstellen, deren eine den allgemeinen Begriff des s. g. constitutum angibt, und deren andere es in einem einzelnen Beispiel besonders anschaulich macht. Beide können zu der von mir bekämpften Auffassung Anlaß gegeben

haben, aber wie ich nachweisen zu können glaube, bestätigen vielmehr auch sie bei genauerer Erwägung die von mir verteidigte Auffassung.

Die erste dieser Stellen, die bekannte L. 18 pr. de poss. lautet:

> Quod meo nomine possideo, possum alieno nomine possidere: nec enim muto mihi causam possessionis, sed desino possidere et alium possessorem ministerio meo facio.

Es wird hier insofern der allgemeine Begriff des s. g. constitutum possessorium angegeben, als gesagt wird: es gibt eine Art, jemand zum juristischen Besitzer zu machen, welche darin besteht, daß man, was man bisher in eigenem Namen besessen hat, jetzt in dessen Namen besitzt. Der Ausdruck: alium possessorem ministerio meo facio kann verleiten, sich dies als einen stellvertretenden Besitzerwerb zu denken. Aber an sich bedeutet ministerium nur irgend eine Hülfleistung; welche sie hier bedeuten soll, kann nur aus dem Zusammenhang entnommen werden, und gerade dieser ergibt, daß hier darunter lediglich die in der Fortsetzung der Detention im Namen des Andern bestehende gemeint ist. Darauf weist auch die Bezugnahme auf die Regel hin, daß niemand sich die causa possessionis andern kann; denn diese kann hier nur deshalb Bedenken erregen, weil derselbe körperliche Besitz ununterbrochen mit veränderter causa fortgesetzt wird. Der Jurist nimmt diese Regel hier offenbar so, wie es auch anderwärts geschieht, als bloß für die possessio im e. S. geltend, und beseitigt daher das Bedenken mit der Bemerkung, daß gerade die possessio im e. S. hierbei nicht fortgesetzt, sondern aufgegeben werde, ohne natürlich damit läugnen zu wollen, daß sie als possessio im w. S., als Detention fortgesetzt werde, was er vielmehr damit ausdrücklich anerkennt, daß er sagt: possum alieno nomine possidere. Daß darin ein stellvertretender Erwerb des juristischen Besitzes von sich selbst für den Andern enthalten sein solle, muß erst in die Worte des Juristen hineingelegt werden; er selbst deutet es mit keiner Silbe an.

Die andere Stelle ist die L. 77 de R. V. (6, 1), worin Ulpian schreibt:

Quaedam mulier fundum non marito donavit per epistulam et eundem fundum ab eo conduxit: posse defendi in rem ei competere, quasi per ipsam adquisierit possessionem veluti per colonam. proponebatur, quod etiam in eo agro qui donabatur fuisset, cum epistula emitteretur: quae res sufficiebat ad traditam possessionem, licet conductio non intervenisset.

Allerdings wird hier wieder gesagt, es könne angenommen werden, der Beschenkte habe den Besitz des Grundstücks durch die Schenkerin erworben. Aber es wird beigefügt: veluti per colonam, und der Pächter ist doch als solcher nicht Stellvertreter im Erwerb, sondern in der Fortsetzung des Besitzes. Also kann dieser Ausdruck, der Schenknehmer habe den Besitz durch die Schenkerin selbst erworben, nichts anderes bedeuten, als, er habe ihn durch ihre Fortsetzung des Besitzes in der Eigenschaft als Pächterin erworben. Man kann, wie schon oben bemerkt wurde, von jeder unmittelbaren Besitzüberlieferung sagen, es gehe dabei der Besitzerwerb durch den Tradenten vor sich, ohne daß dabei an eine Stellvertretung des Tradenten im Besitzerwerb gedacht wird: der Käufer erwirbt, wenn ihm der Verkäufer die Sache einhändigt, ihren Besitz von ihm, aber insofern auch durch ihn, als dieser ihm den Besitz verschafft. So spricht also auch diese Stelle bei genauerer Betrachtung vielmehr für, als gegen meine Auffassung des constitutum possessorium

Einige Schwierigkeit macht, wenn man keine Corruption des Textes annehmen will, die Auslegung des zweiten Teils der Stelle, worin Ulpian sagt, wegen eines Nebenumstandes des ihm vorgelegten Falles wäre in demselben der Besitzübergang auch ohne die Verbindung eines Pachtvertrags mit der Schenkung anzunehmen: es werde berichtet, der Beschenkte sei auf dem ihm geschenkten Grundstücke zugegen gewesen, cum epistula emitteretur: das genüge für sich zur Besitzüberlieferung.

Wenn bei der Abgabe und Annahme der Schenkungserklärung Schenker und Schenknehmer sich auf dem Grundstück beisammen befinden, welches geschenkt werden soll, so leuchtet es

ein, daß es keiner besondern wirklichen Übergabe des Grundstücks zum Übergang des juristischen Besitzes bedarf: es genügt dazu die in der Schenkungserklärung zugleich liegende Willenserklärung, den Besitz zu Gunsten des anwesenden Beschenkten aufzugeben, und die in dessen Annahme jener Erklärung liegende Willenserklärung, in den Besitz einzutreten. Aber wenn die Schenkerin im vorliegenden Falle ihre Schenkungsabsicht in einem Brief an den, welchem sie schenken wollte, erklärte, was kann da die Anwesenheit desselben auf dem Grundstück im Augenblick der Absendung des Briefs an ihn nützen? Wenn Ulpian wirklich geschrieben hat: cum epistula emitteretur, so läßt sich, wie mir scheint, seiner Entscheidung nur unter der Voraussetzung ein erträglicher Sinn abgewinnen, daß emissio epistulae die Ausstellung einer Schenkungsurkunde seitens der mit dem Schenknehmer auf dem Grundstück anwesenden Schenkerin in der Form eines Briefs an ihn bedeuten soll.

Weit leichter und befriedigender aber ergibt sich die Auslegung der Stelle, wenn man sich für die (wenn auch vielleicht nur auf Emendation der Florentina beruhenden) Lesart der Vulgata entscheidet: cum epistula ei mitteretur. Der auf dem Grundstück den Brief empfangende Beschenkte darf die darin enthaltene Schenkungserklärung als eine Erlaubnis betrachten, sich mit dem animus rem sibi habendi selbst in den Besitz des Grundstücks zu setzen, und bringt dann dadurch die possessionis traditio zum Vollzug. Auch wenn er zugleich einen Pachtantrag der Schenkerin annimmt, ist er dann von jenem Augenblick an juristischer Besitzer des Grundstücks so, wie es ein Verpächter ist; er wäre es aber auch, wenn die Schenkungserklärung nicht mit einem von ihm angenommenen Pachtantrag verbunden gewesen wäre. Und deshalb, weil im vorliegenden Fall der Schenknehmer beim Empfang des Briefs im Grundstück sich befand, zögert der Jurist gewissermaßen, den Besitzübergang auf ein constitutum possessorium zu gründen.

Beruht nun aber beim sog. constitutum possessorium der Übergang des juristischen Besitzes lediglich auf der Fortsetzung des körperlichen Besitzes in fremdem Namen, so ergibt sich hieraus auch sofort, daß ein constitutum possessorium nur da angenommen werden darf, wo der juristische Besitzer

einer Sache nicht nur mit Einwilligung dessen, auf welchen ihr juristischer Besitz von ihm vorübergehen soll, in ihrem körperlichen Besitz verbleibt, sondern auch in der unzweideutig zu erkennen gegebenen Absicht, diesen Besitz als einen von diesem Andern empfangenen, und sich als durch diesen Empfang ihm Verpflichteten zu betrachten. Denn eben das ist, wie oben bemerkt wurde, die wesentliche Grundlage der Stellvertretung in der Fortsetzung des juristischen Besitzes: eine auf Empfang beruhende Verpflichtung, den körperlichen Besitz für den wahren Besitzer zu handhaben.

Es ist in dieser Beziehung sehr beachtenswert, daß Paulus in L. 32 pr. de poss. sagt: Quamvis pupillus sine tutoris auctoritate non obligetur, possessionem tamen per eum retinemus. · Es ist hiemit bestimmt angedeutet, daß nur nicht eine rechtsgültige Verpflichtung oder Haftung dessen nötig ist, der eine Sache für uns in Händen hat, damit er für uns Stellvertreter in der Besitzfortsetzung sei; aber er ist dies doch nur dann wahrhaft, wenn wir darauf rechnen können, daß er sich für moralisch verpflichtet hält, uns durch seine Detention den auf uns von ihm übergegangenen juristischen Besitz zu erhalten und zu wahren.

Dies ist nun der Fall, wenn der, welcher den juristischen Besitz einer Sache auf uns übertragen will, sie als unser Mieter, Commodatar, Depositar, Verwalter oder als in der Eigenschaft eines Usufruktuars uns gegenüberstehend, in seiner Detention behält. Dagegen wenn der Verkäufer die von uns gekaufte Sache ohne ein solches, ihm eine neue Verpflichtung gegen uns auferlegendes Verhältnis mit uns einzugehen, lediglich mit der, wenn auch ausdrücklichen, aber doch nichts weiter enthaltenden Erklärung in seiner Hand behält, daß sein Besitz derselben jetzt Besitz in unserem Namen sein soll, so ist dieses sog. constitutum expressum durchaus nicht an sich schon geeignet, den sofortigen Übergang des juristischen Besitzes und bezw. des Eigentums auf uns zu bewirken; denn es könnte jene Erklärung sehr wohl auch nur soviel bedeuten, daß er die Sache für uns so bewahren wolle, wie er dazu durch den Kaufkontrakt bis zu ihrer wirklichen Tradition verpflichtet sei; es müßte erst aus den besonderen Umständen erhellen, daß seine Erklärung von ihm und von uns so

gemeint sei, damit darin die Übernahme einer neuen Verpflichtung zur Bewahrung der Sache für uns gefunden werden könnte, und wenn er später die Sache uns wirklich übergebe, dies nicht als Tradition zum Vollzug des Kaufvertrags, sondern als Restitution einer deponierten oder zu Verwaltung anvertrauten Sache sich darstellte. Insofern ist Savignys Bemerkung (S. 320): „Ist eine ausdrückliche Erklärung vorhanden, daß der bisherige Besitzer nur noch fremden Besitz verwalten wolle, so hat die Sache keinen Zweifel“ (d. h. so ist ein wahres wirksames constitutum possessorium anzunehmen) sehr bedenklich, und hätte sie wohl einer genaueren Erläuterung bedurft.

Auch die andere Bemerkung Savignys a. a. O.: „Wenn die Bedingungen eines constitutum possessorium vorhanden sind, so ist es gleichgültig, ob der bisherige Besitzer die Detention selbst hat, oder ob ein Dritter diese für ihn verwaltet“, kann nicht unbedingt als richtig anerkannt werden.

Ich kann freilich den juristischen Besitz und folgeweise das Eigentum eines von mir vermieteten Hauses, das ich verkaufe, auf den Käufer durch ein constitutum possessorium übertragen, indem ich es von dem Käufer selbst miete; mein bisheriger Mieter wird dann mein Aftermieter. Das folgt aus der Natur der Sache und dafür kann man auch auf L. 30 §. 6 de poss. sich mit gutem Grund berufen. Auch wenn meine dem Käufer gegebene und von ihm angenommene Erklärung: „es soll von heute an mein Besitz des Hauses nur noch Verwaltung seines Besitzes sein“ nach den gegebenen Umständen wirklich so zu verstehen ist, daß ich von heute an die neue Verpflichtung übernehme, das Haus als Vermögensstück des Käufers zu verwalten, so lange er mir diese Verwaltung anvertraut, hindert es ihre Wirksamkeit als constitutum possessorium nicht, daß ich das Haus vermietet habe und im Besitz des Mieters unter meiner Haftung als Hausverwalter lasse. Würde dagegen das angebliche constitutum possessorium nur den Sinn haben, das Haus solle von heute an als dem Käufer gehörig im Besitz des Mieters bleiben, mit der Folge, daß von heute an der Mietzins dem Käufer zukomme, so dürfte dies nicht als Tradition des Besitzes und bezw. Eigentums betrachtet werden. Es kommt alles darauf an, daß die Sache thatsächlich der Macht dessen unterworfen wird, welcher

ein Recht auf sie, aber noch nicht an ihr erlangt hat. Sonst würde der Rechtssatz, daß das Eigentum nur durch Tradition, nicht durch formlosen Vertrag erworben werde, alle Bedeutung verlieren. Jenes ist aber nur da der Fall, wo das Behalten der Sache sicher aufzufassen ist als auf einer bestimmt gewollten und nur nicht äußerlich vollzogenen Rückgabe beruhend, welche beiderseits so betrachtet wird, daß sie dem die Sache behaltenden eine neue Verpflichtung zur Bewahrung der Sache für den Erwerber auferlegt.

Nicht ist von einem constitutum possessorium die Rede, wie Savigny annimmt (System IV, S. 590, hierin zugleich eine allmähliche „freiere Entwicklung des constitutum possessorium« findend), in L. 3 §. 12 de don. i. V. u. U. (24, 1):

> Sed si (maritus) debitorem suum ei (sc. uxori) solvere jusserit, hic quaeritur, an numi fiant ejus debitorque liberetur. et Celsus l. XV digestorum scribit, videndum esse, ne dici possit et debitorem liberatum et numos factos mariti, non uxoris: nam et si donatio jure civile non impediretur, eum rei gestae ordinem futurum, ut pecunia ad-te a debitore tuo, deinde a te ad mulierem perveniret: nam celeritate conjungendarum inter se actionum unam actionem occultari, ceterum debitorem creditori dare, creditorem uxori, nec novum aut mirum esse, quod per alium accipias, te accipere: nam et si is, qui creditoris tui se procuratorem esse simulaverit, a debitore tuo jubente te pecuniam acceperit, et furti actionem te habere constat et ipsam pecuniam tuam esse.

Ein constitum possessorium ließe sich hier nur in folgender Art herausbringen. Man müßte sich die Sache so denken: der Schuldner des Mannes hat Geldstücke bereit zur Zahlung einer Schuld an denselben; der Ehemann schreibt ihm, er solle diese Geldstücke als sein, des Ehemanns Geschenk, der Ehefrau einhändigen; durch die Übernahme dieses Auftrags willigt der Schuldner ein, einstweilen die Geldstücke nur noch im Namen seines Gläubigers zu besitzen, mit der Verpflichtung, sie als

eigene Geldstücke des letzteren der Frau einzuhändigen; dadurch hat er den juristischen Besitz und das Eigentum derselben auf den Ehemann übertragen. Daß sich aber Celsus die Sache nicht so denkt, obwohl sie so gedacht werden könnte, weil dadurch der Schuldner eine neue Verpflichtung gegen seinen Gläubiger übernähme, geht daraus hervor, daß er hinzufügt, es sei ja nicht wunderbar oder unerhört, daß man empfange, was man durch einen Andern empfange, d. h. durch den wirklichen Empfang eines Andern für uns, wovon er dann auch ein anderes Beispiel vorführt. Hiernach muß sich Celsus den Sinn des ganzen Vorgangs so gedacht haben: der Mann gibt durch seine Erklärung an seinen Schuldner zu erkennen, daß er die bereitliegenden Geldstücke desselben durch seine Ehefrau in Empfang nehmen wolle, die er aber zugleich ermächtigen wolle, sie als von ihm geschenkt zu behalten. So sind dann durch die Empfangnahme der Frau die Geldstücke aus dem Besitz und Eigentum des Schuldners in den Besitz und das Eigentum des Gläubigers übergegangen, und dadurch jener seiner Schuld ledig geworden. Bei einer gültigen Schenkung wären die Geldstücke dann auch sofort mittelst einer brevi manu traditio weiter in den juristischen Besitz und das Eigentum der Empfängerin übergegangen; der Eigentumsübergang unterbleibt aber wegen der Nichtigkeit der Schenkung. Ebenso ist es, wenn mich jemand durch betrügerisches Vorgeben, er sei Verwalter meines Gläubigers, bewegt, meinen Schuldner zu beauftragen, er soll die Geldstücke, welche er mir geben will, dem falsus procurator meines Gläubigers einhändigen, damit dieser sie für den letzteren behalte. Durch die Empfangnahme des falsus procurator werde ich juristischer Besitzer und Eigentümer der Geldstücke; dadurch, daß er sie für sich behält, begeht er gegen mich eine Unterschlagung.

Ulpian fährt im §. 13 der L. 3 cit. ganz richtig fort:

> Huic sententiae consequens est, quod Julianus l. XVII digestorum scripsit, si donaturum mihi jussero uxori meae dare, nullius esse momenti: ait enim Julianus, perinde habendum, atque si ego acceptam et meam factam rem uxori meae dedissem: quae sententia vera est.

Ich sage dem, der mir eine Sache als Geschenk übergeben will, er soll sie meiner Frau geben: das ist so zu betrachten, als wolle ich sie zum Vollzug der Schenkung durch meine Frau als Erwerbsstellvertreterin in Empfang nehmen, ihr aber als mein Geschenk lassen, und insofern ihr, nachdem ich sie durch ihre Vermittlung empfangen habe, durch eine brevi manu traditio in ihr Eigentum übertragen; dieser Wille, daß die Sache der Frau im eigentlichen Sinn gegeben, d. h. zu ihrem Eigentum gemacht werde, ist nichtig; ich bin Eigentümer geworden und geblieben.

Nicht einmal Erwerb des juristischen Besitzes und Eigentums von Geldstücken durch Empfangnahme der Person, an welche der Schuldner zahlen soll, geschweige denn ein constitutum possessorium durch bloße Annahme des Zahlungsauftrags darf dann angenommen werden, wenn der Zahlungsauftrag als Delegation gemeint ist.

Hieraus erklärt sich, daß Afrikan in L. 38 §. 1 de solut. (46, 3) sagt: wenn der Ehemann seinen Schuldner anweise, an seine Ehefrau zu zahlen, um diese zu beschenken, werde der Schuldner seiner Schuld nicht ledig, weil die Geldstücke dadurch nicht ins Eigentum der Frau kommen. So kann der Jurist nur sagen, indem er annimmt, der Ehemann wollte nicht Übergabe der zur Abtragung der Schuld an ihn bestimmten Geldstücke an die Frau, um dadurch zunächst selbst Besitzer und Eigentümer zu werden, sondern Zahlung an die Frau durch Einhändigung irgend welcher Geldstücke, als wenn sie jetzt die Gläubigerin seines Schuldners wäre; er wollte durch Überweisung seiner Forderung die Frau beschenken, nicht durch Übertragung des Eigentums der eigentlich ihm gezahlten Geldstücke. Afrikan will daher auch nur eine Befreiung des Schuldners dem Ehemann gegenüber ope exceptionis zugeben, falls dieser ihm seine condictio gegen die Frau, die etwa das empfangene Geld verbraucht habe, abtreten würde. Es ist diese Auffassung notwendig, wenn dem Schuldner gar nicht gesagt wird, daß er das Geld dem, welcher beschenkt werden soll, als Geschenk des Gläubigers einhändigen soll. Savignys Auslegung der L. 38 cit. a. a. O. S. 594, wornach sie zeigen soll, daß Afrikan dem constitutum possessorium einen weniger

ausgedehnten Einfluß zuschreibe, halte ich für unrichtig. Beide Stellen zeigen m. E., wie wenig die römischen Juristen geneigt waren, ein constitutum possessorium anzunehmen, wo sich ein Vorgang, der als solches allenfalls gedeutet werden könnte, einfacher und sicherer in anderer Art auffassen läßt, und man wird, meine ich, sehr wohl daran thun, ihrem Beispiel hierin zu folgen.

Dagegen stimme ich Savigny darin vollkommen bei, daß aus einem constitutum possessorium zu erklären sei, was in L. 1 §. 1. L. 2 pro socio gesagt wird:

> In societate omnium bonorum omnes res quae coëuntium sunt, continuo communicantur: licet specialiter traditio non interveniat, tacita tamen creditur intervenire.

Es liegt im Sinn des Vertrags, durch welchen eine societas omnium bonorum eingegangen wird, daß jeder Gesellschafter seine Sachen (die er besitzt) fortan zum Gesellschaftsanteil des andern Gesellschafters in dessen Namen besitze; er sollte eigentlich jede derselben ihm zu einem intellektuellen Teil tradieren, d. h. ihn in ihren Mitbesitz aufnehmen, um sie von ihm behufs der Verwaltung für diesen Teil zu seinen Gunsten zum körperlichen Besitz zurück zu empfangen. Dieses nutzlose Hin- und Hergeben unterbleibt; wie wenn es erfolgt wäre, entsteht Mitbesitz und Miteigentum, als ob die Sachen zur Übertragung eines Teilbesitzes und Teileigentums tradiert worden wären. Der Einwand, welchen Puchta dagegen erhoben hat (Instit. II §. 242 c.), wir seien nicht veranlaßt, anzunehmen, daß hier nicht nur das Eigentum, sondern auch der Besitz übergehe, wird durch die Pandektenstelle, um die es sich hier handelt, selbst widerlegt; denn indem sie sagt: tacita traditio creditur intervenire, nimmt sie ja Besitzübergang an; und überdies liegt es ja, wie gesagt, offenbar im Sinn dieses Societätsverhältnisses, daß was jeder Gesellschafter von seinen Sachen in seinem Besitz behält, er pro parte in fremdem Namen gleichsam als Verwalter für den andern Gesellschafter besitzt. Endigt sich die societas omnium bonorum, so liegt in dem beiderseitigen Belassen der bisher gemeinschaftlichen Sachen im Alleinbesitz des Besitzers einer jeden derselben eine stillschweigende Restitution des bisherigen Mitbesitzes.

Die Rechtsgültigkeit der dem constitutum possessorium zu Grunde liegenden Verträge ist nach meiner Überzeugung nicht erforderlich. Auch wenn ein Kaufvertrag über eine res furtiva von beiden Teilen wissentlich abgeschlossen und damit eine Vermietung der Sache an den Verkäufer verbunden würde, ginge nach meiner Ansicht der juristische Besitz an den Käufer über, und wäre eben dieses der Fall, wenn der mit einer gültigen Schenkung verbundene Pachtvertrag deshalb rechtsunwirksam wäre, weil dabei eine bei Strafe der Nichtigkeit gebotene Form nicht beobachtet worden wäre. Nur darf das Rechtsgeschäft, worin eigentlich das constitutum possessorium enthalten sein soll, kein simuliertes sein, weil sonst der Besitzübertragungswille kein ernstlicher wäre.

Übrigens kann die Übertragung des juristischen Besitzes ohne wirkliche Tradition auch so vorkommen, daß sie mittelst eines Vertrags bewirkt wird, den der juristische Besitzer mit dem nichtbesitzenden Eigentümer eingeht, und welcher eigentlich durch Tradition der Sache in die Detention des bisherigen possessor vollzogen werden sollte. So in dem Fall der L. 19 pr. de poss. (Marcellus):

> Qui bona fide alienum fundum emit, eundem a domino conduxit: quaero utrum desinat possidere an non. respondi: in promptu est, ut possidere desierit.

Es werden auch hier die Traditionen nur unterlassen, weil sie ein zweckloses Hin- und Herschieben der Sache wären. Es gehört nicht zum Wesen des constitutum possessorium, daß dabei zugleich Eigentumsübertragung bezweckt wird. Vgl. auch L. 21 pr. und §. 3 de poss.

Hinsichtlich der Frage, wie man sich das Zustandekommen eines constitutum possessorium zwischen einem Vollmachtgeber und seinem Bevollmächtigen in Beziehung auf Sachen zu denken hat, welche dieser befugt sein soll, aus seinem Vermögen für den Vollmachtgeber zu erwerben, bin ich mit den Ausführungen Leonhards im 23. Band der kritischen Vierteljahrsschrift S. 327 ff. vollkommen einverstanden, und kann ich mich daher hier darauf beschränken, auf diese zu verweisen.

Ohne Zweifel ist es ein wirksames constitutum posses-

sorium, wenn der Veräußerer sich unter Erklärung des präsenten Veräußerungswillens durch ein Prekarium das einstweilige Behalten der Sache gestatten läßt, selbst wenn dies ein precarium ut possideret ist; denn er gibt auch dadurch seinen bisherigen juristischen Besitz auf nnd tritt in einen neuen ein (L. 22 pr. de precario), der hinsichtlich der Eigentumsausübung Besitz in fremdem Namen ist, wobei er nach L. 8 §. 6 eod. für lata culpa einzustehen hat und jedenfalls nach Widerruf des Prekariums restitutionspflichtig ist. Und ebenso ist es ein constitutum possessorium, wenn sich der Veräußerer einer Sache ausbedingt, sie als ein von dem Erwerber ihm gegebenes Faustpfand behalten zu dürfen.

§. 18.

Besitzerwerb durch Andere.

Wir können unsere Absichten nicht nur durch unsere eigenen Handlungen vollführen, sondern sie auch durch Handlungen anderer vollführen lassen, welche diese vollziehen, damit dadurch unsere Absicht zur Ausführung gebracht werde; die unseren Absichten entsprechenden Wirkungen dieser fremden Handlungen haben dann ebenso uns zu mittelbaren Urhebern, wie wir die unmittelbaren Urheber der Wirkungen unserer eigenen Handlungen sind. Dies gilt auch von der Absicht, eine Sache in Besitz zu nehmen, d. h. sie unserer thatsächlichen Herrschaft zu unterwerfen; wir können diese Absicht auch durch andere ausführen lassen, welche sie für uns ausführen wollen, und es ist dann der Besitz der Sache, welchen sie erworben haben, unser Besitz, er ist von uns mittelbar, d. h. durch sie erworben. Wir können aber auch den Willen eines Andern, durch eine Handlung eine Wirkung für uns hervorzubringen, nachträglich zu unserem eigenen Willen machen, ihn durch Gutheißung uns aneignen, und damit auch die Wirkung der fremden Handlung uns aneignen. Es gilt auch dies vom Besitzwillen, und so können wir auch in dieser Art den Besitz einer Sache durch einen andern erwerben, daß wir seinen für uns gemachten Besitzerwerb gutheißen.

Eine umständlichere Art, uns den gewünschten Besitz einer Sache durch einen andern zu verschaffen, ist die, daß wir ihn

veranlassen, sich selbst den Besitz derselben zu erwerben, und ihn dann auf uns zu übertragen; dann erwerben wir aber ihren Besitz erst dadurch, daß der Andere ihn uns wirklich überliefert. Dies ist nur dann nicht nötig, wenn der Andere in einem solchen Verhältnis zu uns steht, daß sein Besitz dem Recht nach gar nicht als der seinige, sondern als der unsrige gilt, insofern wir ihn als den unsrigen haben wollen; wir haben dann den Besitz der Sache dem Recht nach, sobald dieser Andere auf unsere Veranlassung sich den Besitz erworben hat, oder wir seinen ans eigenem Antrieb für sich oder für uns gemachten Besitzerwerb gutheißen. In einem solchen Verhältnisse steht nach römischem Recht jede einer Hausgewalt unterworfenen Person zu dem Gewalthaber; bei einem Sklaven wird dabei nur noch vorausgesetzt, daß er auch selbst im Besitz des Herrn sei. Insoweit dann auch der Rechtserwerb von Sklaven, an welchen jemand den ususfructus oder usus hatte, als Nießbrauch dieses ihres Inhabers, und der Rechtserwerb von Freien oder fremden Sklaven die jemand bona fide besaß, als Rechtserwerb des bonae fidei possessor galt, galt auch der Besitzerwerb dieser wirklichen oder vermeintlichen Sklaven als Besitzerwerb solcher Besitzer derselben.

Es scheint, daß die Römer von Alters her sich an der Möglichkeit dieser zweiten Art, sich den Besitz durch andere zu verschaffen, genügen ließen, und erst in der Kaiserzeit darauf verfielen, auch von ihnen unabhängige Personen (liberae personae in diesem Sinn) so zum Besitzerwerb zu gebrauchen, daß sie nicht erst für sich den Besitz erwerben und dann auf den Auftraggeber übertragen, sondern geradezu für diesen erwerben sollten. Es wurde dies aber dann auch als zulässig und rechtswirksam anerkannt.

Durchaus steht dieser Erwerb des Besitzes durch Andere unter der allgemeinen Regel, daß der Besitz animo et corpore erworben werden muß. In ersterer Beziehung ist dann, von den nachher zu bemerkenden Ausnahmen abgesehen, ein doppelter Wille erforderlich, der des mittelbaren Erwerbers, für sich und der des unmittelbaren Erwerbers, für jenen den Besitz zu erwerben; was dagegen zu geschehen hat, damit der Besitz corpore erworben werde, hat nur vonseiten des unmittelbaren Erwerbers, der

Mittelsperson zu geschehen. Insofern kann gesagt werden, wir erwerben hier den Besitz animo nostro, corpore alieno[1]). Was wir zu thun haben, um hiebei den Besitz animo zu erwerben, besteht lediglich darin, daß wir der Mittelsperson Auftrag zur Apprehension erteilen, oder diese gutheißen. Es ist selbstverständlich bei der aufgetragenen Besitzerwerbung für uns nicht eine nochmalige Willensthätigkeit von unserer Seite nach erfolgtem Vollzug des Auftrags erforderlich. Ist unsere Absicht dadurch vollführt, so sind wir dadurch von selbst Besitzer geworden, auch wenn wir jetzt etwa willensunfähig geworden wären, und folglich auch ohne es zu wissen; insofern wird uns hier der Besitz ignorantibus nobis erwoben; doch haben wir ihn andererseits deshalb nicht schlechthin ohne unser Bewußtsein erworben, weil wir ja mit Bewußtsein den Auftrag zum Besitzerwerb für uns gegeben haben.

Schlechthin ohne Bewußtsein wird aber der Besitz durch Andere in folgenden Ausnahmsfällen erworben (ignoranti possessio adquiritur im strengsten Sinne):

1) wenn der Besitzerwerb von einer unterthänigen Person ex peculiari causa gemacht wird,
2) wenn er von einem tutor oder curator für den unter seiner Vormundschaft stehenden,
3) wenn er für eine juristische Person von einer zum Handeln für sie ermächtigten Person gemacht wird.

Es soll in diesen Fällen das Bewußtsein und der Wille des unmittelbaren Besitzerwerbers das fehlende Bewußtsein und Wollen des mittelbaren Besitzerwerbers ersetzen, und zwar selbst für die Usucapion auf Grund des so erworbenen Besitzes, während außerdem zum Beginn der Usucapion Bewußtsein von der erfolgten Besitzerwerbung erforderlich ist: der Eigentumserwerb

1) Bekker meint (S. 217) der Satz aus den Sententiae receptae von Paulus V. 2 §. 1: possessionem adquirimus animo utique nostro; corpore vel nostro vel alieno sei wohl nicht ohne Absicht aus den in die Digesten aufgenommenen Fragmenten weggelassen worden; in L. 3 §. 12 de poss. spreche Paulus nur vom Behalten des Besitzes. Das ist unrichtig: zunächst freilich spricht er nur davon, aber indem er beifügt: nec movere nos debet, quod quaedam etiam ignorantes possidemus, id est quae servi peculiariter paravarunt, erstreckt er den am Anfang ausgesprochenen Satz auf den Erwerb.

erfolgt bei der Ersitzung durch fortgesetzten usus, nicht durch den Besitz an sich, sondern durch die Bethätigung des Besitzes, also durch ein bewußtes Handeln. Dies scheint wenigstens der Grundgedanke jenes Rechtssatzes zu sein.

Ersatz des eigenen Besitzwillens durch einen fremden Willen, und so gewissermaßen Besitzerwerb durch einen Andern findet auch bei der Tradition einer Sache an ein Kind statt, wenn ich die bekannten einschlagenden Stellen recht verstehe, wovon freilich meines Wissens bisher die erste meist, und die zweite immer anders ausgelegt worden ist: die erste ist

L. 32 §. 2 de poss.

> Infans possidere recte potest, si tutore auctore coepit, nam judicium infantis suppletur auctoritate tutoris: utilitatis enim causa hoc receptum est. nam alioquin nullus sensus est infantis accipiendi possessionem.

Bei uns würde es wohl nie einem Vormund einfallen, statt für seinen Mündel, zumal wenn dieser noch ein Kind unter sieben Jahre wäre, eine Sache zum Vollzug eines Rechtsgeschäfts selbst in Empfang zu nehmen, sie von dem Mündel unter seiner Beistandleistung in Empfang nehmen zu lassen. Die Römer dagegen waren gewohnt, ihre Mündel bei der Abschließung und dem Vollzug von Rechtsgeschäften selbst handeln zu lassen, und so mag es auch nicht selten bei ihnen vorgekommen sein, daß ein Tutor eine für seinen noch in jenem Kindesalter stehenden Mündel erkaufte Sache diesem in seiner Gegenwart einhändigen ließ und dabei seine auctoritas interponierte. Der ratio juris nach konnte dies die Ungültigkeit des Besitzerwerbs durch das Kind nicht hindern; denn darnach sollte diese Beistandsleistung des Vormundes nur eine Handlung, wozu der Mündel natürlich befähigt war, rechtswirksam machen. Ein Kind ist aber zum Erwerb des juristischen Besitzes natürlich unfähig, weil es ihm an demjenigen Bewußtsein fehlt, welches für die affectio tenendi, den Willen haben und behalten zu wollen, erforderlich ist; das Kind denkt nur an die Gegenwart, nicht an die Zukunft (vergl. L. 1 §. 3 de poss.). Das will gewiß auch der Schlußsatz der angeführten Stelle sagen: alioquin nullus sensus est infantis accipiendi pos-

sessionem; es soll damit begründet werden, was zuvor gesagt wird, daß nämlich nur utilitatis causa die Gültigkeit eines solchen Besitzerwerbs angenommen worden sei. Diese Annahme selbst aber wird dargestellt als eigentlich darin bestehend, daß hier judicium infantis suppletur auctoritate tutoris; nur vermöge dieser Annahme kann gesagt werden, es sei dies ein richtiger Besitzerwerb. Nun kann allerdings supplere an sich zweierlei bedeuten: ergänzen und ersetzen. Es scheint mir aber hier nur die zweite Bedeutung haben zu können, weil Paulus eben gleich nachher sagt: nullus sensus est infantis accipiendi possessionem; was gar nicht vorhanden ist, kann nicht ergänzt, sondern nur ersetzt werden. Deshalb glaube ich die Stelle so verstehen zu müssen, daß bei diesem Besitzerwerb das eigentlich erforderliche eigene Bewußtsein und Wollen des Kindes durch den mittelst der auctoritatis interpositio erklärten Willen des Vormunds ersetzt werde und so gewissermaßen er doch als ein Besitzerwerb durch den Vormund betrachtet werde. Zum Vorteil des Kindes (utilitatis causa) soll hier derselbe Erfolg eintreten, wie wenn der Vormund statt des Kindes gehandelt hätte.

Die zweite Stelle ist die L. 3 C. de poss.

> Imp. Decius A. Rufino. Donatarum rerum a quacunque persona infanti vacua possessio tradita corpore quaeritur. Quamvis enim sint auctorum sententiae dissentientes, tamen consultius videtur, interim, licet animi plenus non fuisset affectus, possessionem per traditionem esse quaesitam; alioquin, sicuti consultissimi viri Papiniani responso continetur, nec quidem per tutorem possessio infanti potierit adquiri.

Die Worte: »a quacunque persona« in Verbindung damit, daß in dem Reskripte durchweg nur von dem Besitz- und nicht auch vom Eigentumserwerb die Rede ist, lassen mit ziemlicher Sicherheit darauf schließen, daß es sich in dem das Reskript veranlassenden Falle um die Anwendbarkeit der lex Cincia handelte, und zwar so, daß eine persona non excepta dem Kinde eine Sache zum Geschenk zu geben versprochen, dann aber, statt sie dem Vormunde oder einem Sklaven desselben (vgl. L. 26 C. dedonat.) zu tradieren, dem Kinde selbst tradiert hatte,

weshalb hernach die Schenkung, als durch eine solche Tradition an eine handlungsunfähige Person nicht zur Perfektion gelangt, (vgl. §. 313 der Vat. Fr.), angefochten wurde. Man wird behauptet haben, daß es hier am animo adquirere possessionem gefehlt habe. Dem gegenüber sagt das Reskript: es genügt auch bei einer Schenkung, die eine persona non excepta einem Kinde macht, und wobei also die Wirksamkeit der Tradition von entscheidender Bedeutung für die Unantastbarkeit der Schenkung ist, der körperliche Besitzerwerb. Es wird zugestanden, daß es bestritten sei, ob überhaupt die Tradition an ein Kind, welchem noch die volle Willensfähigkeit fehle, den Erwerb des juristischen Besitzes bewirke; aber es erscheine als geratener, einstweilen (interim) den juristischen Besitz als erworben anzunehmen; denn sonst würde, wie auch Papinian in einem Responsum bemerkt habe, ebensowenig dem Kinde durch seinen Vormund der Besitz erworben werden können.

Es fragt sich hier zweierlei: 1) in welchem Sinn soll der Besitzerwerb durch das Kind selbst ein „einstweiliger" sein, und 2) warum würde, wenn nicht ein solcher einstweiliger unmittelbarer Besitzerwerb des Kindes angenommen würde, auch ein durch seinen Vormund vermittelter nicht angenommen werden können?

Wir müssen uns hier erinnern, daß die Tradition meist als Erfüllung einer Verbindlichkeit vorkommt, wie sie es auch in dem vorliegenden Falle, wenn er so geartet war, wie wir oben annahmen, sein sollte. Die Frage nach ihrer Wirksamkeit hat unter dieser Voraussetzung eine zweifache Bedeutung: 1) verschafft sie dem, welchem tradiert wird, juristischen Besitz? und 2) befreit sie den Tradenten von seiner Verbindlichkeit? Also, wenn es sich um Einhändigung einer gekauften Sache an ein Kind handelt: 1) hat das Kind durch die ohne Mitwirkung seines Vormundes von ihm vollzogene Empfangnahme den juristischen Besitz so erlangt, daß damit wenigstens zur Usucapion der Grund gelegt ist? und 2) ist der Verkäufer dadurch, daß er dem Kinde in jener Art die Sache einhändigte, völlig von seiner Verbindlichkeit zur Tradition befreit? Die erste Frage wird man leicht geneigt sein, im Interesse des Kindes zu bejahen. Aber in eben diesem Interesse wird man Bedenken tragen müssen, die zweite Frage zu bejahen: das Kind kann, wenn sein Vormund nicht bei der

Empfangnahme mitwirkte, und also auch nicht für Aufbewahrung der Sache sorgen konnte, sehr leicht um dieselbe kommen, oder es versäumt haben, die Sache, weil sie in beschädigtem Zustande übergeben wurde, zurückzuweisen u. dgl.; dann würde es zum Vorteil des Kindes gereichen, daß die Tradition als nicht geschehen behandelt werden könnte.

Es wird daher die Meinung, welcher das Reskript geraten findet, sich anzuschließen, die gewesen sein: einstweilen, bis die Tradition zur Kenntnis des Vormunds kommt, ist der juristische Besitz als dadurch erworben anzunehmen, so daß die Usucapion beginnen kann, die Schenkung perfekt wird u. s. f. Aber wenn der Vormund Kenntnis von der Tradition erhält, soll er, wenn es der Vorteil des Kindes erfordert, die Nichtigkeit der Tradition in ihrer Eigenschaft als Erfüllung der Verbindlichkeit des Tradenten geltend machen können, demzufolge dann freilich auch, wenn er damit durchdringt, ihre für das Kind günstig gewesenen Wirkungen hinfällig werden sollen.

Wird diese Behandlung der Tradition an das Kind selbst und an das Kind allein, wornach sie nur gelten soll, wenn ihre Geltung dem Kinde nicht schaden, sondern blos nützen kann, nicht gebilligt, dann könnte man auch den Besitzerwerb des Kindes durch Tradition an den Vormund allein nicht gelten lassen; denn in beiden Fällen wird zum Vorteil des Kindes davon abgesehen, daß dieses nicht animo possessionem adquirit. Der Unterschied besteht nur darin, daß hier die Willensthätigkeit des Kindes durch die des Vormunds, und dort durch den mittelst der Übertragung des körperlichen Besitzes ausgeführten Willen des Tradenten, das Kind zum juristischen Besitzer zu machen, ersetzt wird.

Verstehen wir die beiden Stellen so, dann erhalten wir die zwei Rechtssätze:

1) wenn einem Kind unter Mitwirkung seines Vormunds tradiert wird, ist die Tradition definitiv gültig;
2) wenn einem Kinde allein tradiert wird, ist die Tradition gültig, bis etwa der Vormund ihre Nichtigkeit geltend macht.

Die Beschränkung der Geltung des zweiten Rechtssatzes auf Traditionen zum Vollzug von Schenkungen, oder gar nur

von Schenkungen unbedeutender Sachen, wie sie kleinen Kindern gewöhnlich geschenkt zu werden pflegen, hat weder innere noch äußere Gründe für sich, sondern im Gegenteil den äußern Grund gegen sich, daß das Reskript von Decius nicht in den Titel de donationibus, sondern de adquirenda et retinenda possessione eingereiht ist.

Und m. E. ist nicht nur der erste, sondern — so verstanden — auch der zweite Rechtssatz sehr brauchbar und billigenswert.

Daß, wie Savigny im §. 26 seines Buches behauptet, der Erwerb des Besitzes nach der Absicht des Tradenten vor sich gehe, selbst wenn die Mittelsperson, welcher er für einen bestimmten Andern tradiert, für sich selbst oder für einen Dritten erwerben will, wird von ihm und denjenigen, welche ihm hierin beigetreten sind, aus L. 13 de donat. m. E. mit Unrecht gefolgert. Ulpian sagt hier:

> Qui mihi donatum volebat, servo communi meo et Titii rem tradidit: servus vel sic accepit quasi socio adquisiturus vel sic quasi mihi et socio: quaerebatur, quid ageret. et placet, quamvis servus hac mente acceperit, ut socio meo vel mihi et socio adquirat, mihi tamen adquiri: nam et si procuratori meo hoc animo rem tradiderit, ut mihi adquirat, ille quasi sibi adquisiturus acceperit, nihil agit in sua persona, sed mihi adquirit.

Die hier angenommenen Vorgänge lassen sich nicht anders denken, als daß der Schenker der Mittelsperson seinen Willen erklärt, die Sache soll durch ihn mir übergeben sein, und daß die Mittelsperson dieselbe darauf hin stillschweigend von ihm in Empfang nimmt; denn außerdem, wenn die Mittelsperson erklärte, sie in einem andern Sinn in Empfang zu nehmen, würde der Schenker sie ihr nicht übergeben. Nimmt aber die Mittelsperson die Sache stillschweigend auf jene Erklärung des Schenkers hin in Empfang, so liegt darin eine indirekte, nur nicht in Worten ausgedrückte Erklärung, sie für mich in Empfang zu nehmen; es ist also eine Mentalreservation, wenn die Mittelsperson sie mit einem andern heimlichen Willen in Empfang nimmt, und in der Unwirksamkeit von Mentalreser-

vationen liegt also der wahre Grund der Entscheidungen des Juristen.

Daß Julian nach L. 37 §. 6 de A. R. D. dieselben Fälle anders entschieden habe, läßt sich nicht mit genügendem Grunde behaupten. Denn Julian nimmt ausdrücklich an, daß der Schenker an die Mittelspersonen in meinem Auftrag überliefert [2]), wovon Ulpian nichts sagt, weshalb wir anzunehmen berechtigt sind, daß er sich denke, der Schenker überliefere die Sache, die er mir schenken will, den Mittelspersonen aus eigenem Antrieb, und ohne gewiß darüber zu sein, ob sie von mir zur Empfangnahme ermächtigt seien, die Sache in Empfang zu nehmen, was dann eben notwendig zur Folge hat, daß er ihnen seinen Willen, nur durch sie zu tradieren, ausdrücklich erklärt. Bei Julians Voraussetzung kann er den Mittelspersonen die Sache stillschweigend übergeben, etwa bloß mit den Worten: „hier ist die Sache, die du in Empfang nehmen sollst", und diese können sie ebenfalls stillschweigend in Empfang nehmen; es kann dann hierbei ein Dissens obwalten [3]), welcher, weil er nicht im Augenblick der Übergabe laut wird, diese selbst nicht hindert, wohl aber sie völlig wirkungslos macht, so daß schlechthin gesagt werden kann und muß: nihil agitur, außer in dem Falle, in welchem der gemeinschaftliche Sklave doch auch für mich, aber nur zur Hälfte die Sache in Empfang nimmt. Hinsichtlich der Hälfte besteht hier zwischen dem Schenker und dem Empfänger Consens und ist also die Tradition nach diesem übereinstimmenden Willen wirksam.

Es sind also die Entscheidungen beider Juristen ganz den allgemeinen Regeln entsprechend, und der Widerspruch unter ihnen nur scheinbar. Es ist ein ganz überflüssiges Unternehmen, diesen scheinbaren Widerspruch durch das von Savigny vorgeschlagene gewaltsame Mittel heben zu wollen, daß man zu nihil agitur hinzudenkt: sc. in persona procuratoris. Überdies aber ist zu bemerken, daß in beiden Stellen nur von der

2) Er sagt: si cum mihi donare velles, jusserim te .... tradere.

3) Es kann dieser Dissens auch darauf beruhen, daß die Mittelsperson den ihr erteilten Auftrag nicht richtig verstanden hat, er braucht nicht mit „Untreue" denselben zusammen zu hängen.

Wirksamkeit der Tradition, insofern sie Eigentum verschaffen soll, die Rede ist. Daß mit dem »nihil agetur« in L. 37 §. 6 cit. auch der körperliche Besitzerwerb des Prokurators geläugnet werden sollte, ist undenkbar.

Immer ist zum Besitzerwerb durch fremde Handlungen vollständige Übereinstimmung zwischen dem Willen dessen, der durch den Andern erwerben soll und dem Willen dieses Andern, erforderlich. Wer von mir beauftragt ist, von einer Sache für mich Besitz zu ergreifen, macht mich nicht zu ihrem Besitzer, wenn er sie für sich in Besitz nimmt, sofern er diesen Willen deutlich zu erkennen gibt; dies folgt eben daraus, daß bei der Vermittlung des Besitzerwerbs durch Andere diese nicht als willenlose Werkzeuge, sondern als Personen, als für uns Handelnde gebraucht werden. Auch wenn die Mittelsperson von einer andern Sache Besitz ergreift, als von derjenigen, welche ich durch sie in meinen Besitz bekommen wollte, kann dies weder für mich, noch für sie Erwerb des juristischen Besitzes bewirken; für mich freilich bewirkt es Besitzerwerb, wenn ich nachträglich die Besitzergreifung genehmige, von da an, wo ich dies thue.

Hiemit scheint auf den ersten Blick in Widerspruch zu stehen L. 34 §. 1 de poss., worin Ulpian nach den oben (S. 90 ff.) bereits besprochenen Erörterungen so fortfährt:

> Sed si non mihi, sed procuratori meo possessionem tradas, videndum est, si ego errem, procurator meus non erret: an mihi possessio adquiratur. et cum placeat ignoranti adquiri, poterit et erranti. sed et si procurator meus erret, ego non errem, magis est, ut adquiram possessionem.

Wäre dies auf eben den Fall zu beziehen, welchen Ulpian im Anfang der Stelle annimmt, so würde damit gesagt sein: wenn nur mein Bevollmächtigter dieselbe Sache in Empfang nehmen will, welche ihm von dem Dritten tradiert wird, also in jenem Fall den fundus Cornelianus, so erwerbe ich ihren Besitz dadurch, obgleich ich den einer andern Sache, des fundus Sempronianus nämlich, erwerben will. Aber dann würde der Entscheidungsgrund nicht passen, daß der Irrtum des Auftraggebers den Besitzerwerb so wenig hindere, als seine Unwissen-

heit. Denn die Unwissenheit hindert ihn nur dann nicht, wenn sie blos Unwissenheit vom Vollzug des Auftrags ist; hier aber wäre der Irrtum, der nämlich, daß der fundus Cornelianus, welchen der Trabent übergeben will, der Sempronianus sei, ein diesem Akt vorausgehender, den Auftrag selbst begleitender. Es muß also, was Ulpian hier sagt, von einem Fall verstanden werden, in welchem sich der Irrtum bei dem Auftraggeber erst nachträglich einstellt. Er wollte den Besitz der Sache, welche der Bevollmächtigte ohne Irrtum in Empfang nimmt; nur jetzt, da sein Auftrag vollzogen wird, glaubt er eine andere Sache in seinen Besitz bekommen zu haben, als die, welche wirklich seinem Auftrag gemäß für ihn in Empfang genommen wurde; dies ist unschädlich.

Auch der andere von Ulpian als möglich gesetzte Fall, daß der Bevollmächtigte irrt und der Vollmachtgeber nicht irrt, muß so gedacht werden, daß nur im Augenblick des Vollzugs der Tradition ein nicht zum Ausdruck kommender Dissens zwischen dem Tradenten und dem Bevollmächtigten eintritt. Der Trabent will dieselbe Sache in den Besitz des Vollmachtgebers bringen, welche dieser in seinen Besitz bekommen will, und der Bevollmächtigte will dieselbe Sache in Besitz nehmen, welche der Vollmachtgeber von ihm in Besitz genommen wissen will, nämlich eben die, welche der Trabent ihm übergeben werde. Er hält nur bei der Übergabe diese Sache für eine andere, als diese ist, ohne zu sagen, daß er diese andere zu empfangen glaube. Z. B. ich habe das Grundstück C von A gekauft, und trage dem B auf, sich von A das von mir gekaufte Grundstück übergeben zu lassen. B vollzieht diesen Auftrag, nimmt Besitz für mich vom Grundstück C, glaubt aber, es sei das von ihm gemeinte Grundstück S. Dies ist ohne Belang, weil er doch das rechte Grundstück in meinen mittelbaren körperlichen Besitz gebracht hat. Würde der Trabent ihm das Grundstück S übergeben, und er es für mich in Empfang nehmen, weil er es irrigerweise für das Grundstück C hielte, welches ich ihm aufgetragen habe, für mich in Empfang zu nehmen, so könnte mein richtiges Bewußtsein, daß es das Grundstück S sei, mich nicht zum juristischen Besitzer dieses Grundstücks machen; denn dann hätte er nicht nur ein anderes Grundstück, als er, sondern auch

ein anderes, als ich wollte, in seinen körperlichen Besitz genommen.

Übrigens ist die Übereinstimmung des Willens, welche bei dem Besitzerwerb durch eine Mittelsperson zwischen dem Tradenten, der Mittelsperson und deren Auftraggeber stattfinden muß, durchweg schon dann in hinreichender Weise gegeben, wenn nur der Wille je der einen Person den der andern in sich schließt, nicht ausschließt. Es reicht daher ein genereller Auftrag dessen, der den Besitz durch eine Mittelsperson erwerben will, hin, und ebenso ein genereller Wille des Tradenten, den Besitz der Sache durch ihre Übergabe an die Mittelsperson auf irgendwen zu übertragen, der durch sie in denselben eintreten will. Trage ich dem B auf, sich für mich alles tradieren zu lassen, was ihm für mich tradiert werden wird, und was er für gut findet, für mich in Empfang zu nehmen, so erwerbe ich durch seine Empfangnahme irgend einer Sache für mich ohne weiters den juristischen Besitz derselben, ebenso, wie ich nach L. 55 de A. R. D. durch das Legen einer Schlinge den Besitz jedes Tieres ohne weiters erwerbe, welches sich darin fängt, nicht bloß eines bestimmten Tieres, das ich damit in meinen Besitz bekommen wollte. Und wenn es dem Tradenten nicht darauf ankommt, ob der, welchem er tradiert, für sich oder für irgend einen Dritten den Besitz erwerben will, so erwirbt ihn ohne weiteres eben der Dritte, für welchen der Empfänger die Sache in Empfang nimmt, ohne darüber dem Tradenten eine Erklärung abzugeben. Es ist hier überall der Wille, welcher thatsächlich ausgeführt wird, in dem fremden, auf die Ausführungsvermittlung gerichteten Willen, wie derselbe erklärt worden ist, mit eingeschlossen, nicht durch ihn ausgeschlossen. Keineswegs wird bei dem Generalmandat zur Besitzerwerbung der juristische Besitz ebenso alieno animo erworben, wie dies bei der Erwerbung durch Vormünder der Fall ist; es ist der Besitzerwerb kraft Generalmandat ein Erwerb proprio animo und nur corpore alieno; der Generalbevollmächtigte eignet sich hier den Willen des Vollmachtgebers nur successiv stückweise an, während der Spezialbevollmächtigte ihn auf einmal ganz sich aneignet. Das ist der einzige Unterschied, und dieser ist nicht wesentlich. Müßte der Besitzwille immer ein ganz spezieller sein, so würde auch

der Legatar, dem ein Haus mit seiner gesamten Einrichtung vermacht ist, von jeder zu dieser Einrichtung gehörigen Sache besonders Besitz ergreifen müssen, um ihr juristischer Besitzer zu werden, was doch gewiß niemand für nötig halten wird.

Wenn man sich daran erinnert, daß der Besitz durch einen Andern, welcher ihn für uns haben will, uns auch durch unsere nachträgliche Genehmigung dieses Willens ohne unser weiteres Zuthun erworben wird (L. 24 de neg. gest. 3, 5), so muß es uns befremden, zu lesen, daß Paulus (in L. 30 §. 5 de poss.) sagt:

> Quod per colonum possideo, heres meus nisi ipse nactus possessionem, non poterit possidere: retinere enim animo possessionem possumus, apisci non possumus.

Ich besitze ein Grundstück durch einen Pächter. Wenn ich sterbe, hört mein Besitz des Grundstücks auf, aber der Pachtvertrag wird dadurch nicht aufgelöst. Sobald mein Erbe meine Erbschaft erwirbt, tritt er von selbst in das Rechtsverhältnis ein, in welchem ich kraft des Pachtvertrages zu demjenigen mich befand, der es jetzt inne hat, und vermöge dessen soll er jetzt das Grundstück für meinen Erben besitzen, und besitzt es für ihn, wenn er fortfährt, das Grundstück als Pächter zu besitzen. Das allein kann nun freilich nicht hinreichen, daß mein Erbe juristischer Besitzer des Grundstücks wird, es muß sein Wille hinzukommen, durch den Pächter, der jetzt sein Pächter ist, den juristischen Besitz des Grundstücks zu erwerben. Daran wird es aber gewiß nicht fehlen, wenn mein Erbe erfährt, daß das Grundstück zur Erbschaft gehört, und in der Hand des Pächters ist, der jetzt von selbst sein Pächter geworden ist. Sollte er nicht diesen Willen, wenn er die Erbschaft mit der Kenntnis des Pachtverhältnisses antritt, schon durch die Antrittserklärung hinreichend zu erkennen geben, oder wenn er erst nachher Kenntnis davon erhält, durch irgend welche ausdrückliche oder stillschweigende Erklärung seines Willens, den Pächter zu seinem Pächter haben zu wollen? Diese Fragen scheinen mir nicht verneint werden zu können. Ich halte daher keinen andern Ausweg für möglich, als daß Paulus, wenn er mit Beziehung auf den von ihm gesetzten Fall sagt: animo apisci possessionem non

possumus, damit nur verneinen will, daß zu diesem Besitzerwerb eine innerliche Willensthätigkeit hinreiche. Einen eigentlichen Apprehensionsakt des Erben, ein wahres corpore adquirere possessionem kann er nicht fordern wollen, sondern nur eine Erklärung des Besitzerwerbswillens von der oben angegebenen Beschaffenheit. Daß der Erbe sich zu dem Pächter „in Beziehung setzen müsse", scheint mir zu viel verlangt. Der Erbe besitzt durch den Pächter, sobald er irgendwie zu erkennen gegeben hat, durch ihn besitzen zu wollen, auch ohne daß der Pächter es zu wissen braucht, dieser sei es, in dessen Namen er jetzt besitze. Der Pächter wird nicht durch den Tod des Verpächters juristischer Besitzer, sein Besitz bleibt fortwährend Besitz in fremdem Namen; in wessen Namen er besitze, braucht er nicht zu wissen; es muß sein Bewußtsein genügen, als Pächter und mithin jetzt im Namen des Erben seines Verpächters zu besitzen, auch wenn er nicht weiß, wer dieser Erbe sei.

Daß, wer einen juristischen Besitzer adoptiert, ipso jure in dessen juristischen Besitz eintrete, sagt L. 16 de precario (wie man gemeint hat) nicht. Was sie sagt, ist nur:

> Si adoptavero eum, qui precario rogaverit, ego quoque precario possideo;

d. h., wenn ich in den Besitz dessen gekommen bin, was ein von mir Adoptierter precario besitzt, ist auch mein Besitz ein prekärer, so daß ich auf Restitution der Sache mit dem interdictum de precario belangt werden kann; wie ich in den Besitz komme, darüber ist in diesem Ausspruch nichts enthalten. Der Besitz wird durch eine subjecta persona nur dann von dem Gewalthaber ohne sein Wissen und Wollen erworben, wenn diese ihn ex peculiari causa erwirbt (L. 3 §. 12 de poss.). Also kann der Arrogator in den Besitz dessen, was der Arrogierte besitzt, nur dadurch kommen, daß ihm dessen Besitz der bestimmten Sache zur Kenntnis kommt, und er ihn nun für sich haben will. Es ist nicht zu bezweifeln, daß in unserer Stelle vorausgesetzt wird, der Arrogator sei auf diesem Wege zum Besitze dessen, was der Arrogierte precario empfangen hat, gelangt.

Wo in den Quellen von Besitzerwerb durch Andere gehandelt wird, ist dabei immer vorausgesetzt, daß sie als Stell-

vertreter zur Besitzvermittlung dienen, nicht als willenlose Werkzeuge. Ohne Zweifel können wir uns aber auch Anderer, welche natürlich handlungsunfähig sind, zur Vermittlung des Besitzerwerbs so bedienen, daß sie für uns nicht im eigentlichen Sinne des Wortes handeln, sondern nur unsere Handlanger oder Gehülfen für unsere Apprehension sein sollen. Ich kann z. B. mir durch ein kleines Kind oder einen völlig Blödsinnigen eine Muschel vom Boden aufheben, eine Blume oder Frucht pflücken lassen, um dadurch in ihren Besitz zu kommen. Weil aber dann die Mittelsperson nur Werkzeug meiner eigenen Apprehension, meiner eigenen corporalis adquisitio sein soll, so muß diese auch völlig als solche zustande kommen, d. h. es muß durch das, was die Mittelsperson verrichtet, die Sache wirklich in meine Hände oder in meinen Gewahrsam gelangen, damit ihr juristischer Besitz mir erworben wird. Ich kann hier nicht ignorans possessionem adquirere, d. h. sofort dadurch, daß die Sache in die Hände der Mittelsperson gekommen ist, ohne daß ich davon Kenntnis erlangt und sie aus ihren Händen wirklich empfangen habe. Niemals aber kann unser Auftrag an eine Person, die natürlich (wenn auch nicht rechtlich) handlungsfähig ist, oder die wir wenigstens dafür halten, uns eine Sache zu „holen", so verstanden werden, sondern immer nur so, daß sie die Handlung der Besitzergreifung für uns verrichten soll, wenn wir nicht unzweideutig unseren Willen zu erkennen geben, daß wir uns ihrer lediglich als Werkzeug unserer eigenen Apprehension bedienen wollen. Der zum Pflücken von Früchten, zum Schneiden von Getreide, zum Mähen des Heus gemietete Taglöhner ist keineswegs bloßer Gehülfe, sondern Stellvertreter im Besitzerwerb.[4] Außerdem kann es nur zweifelhaft sein, ob wir sie als eigentlichen Stellvertreter oder nach dem jetzt gebräuchlichen Ausdruck als Ersatzmann gebrauchen wollen. Und sofern unser Auftrag in dieser Art zweideutig ist, hängt es dann m. E. von dem erkennbaren Willen des Beauftragten ab, ob er den Besitz sich erworben hat, mit der Absicht, ihn auf uns

4) Ich bemerke dies namentlich gegen Pininski, der Thatbestand des Sachbesitzerwerbs. S. 111 f. Vgl. L. 6 de donat. (39, 5) v.: plane si mercenarius meus exemit, mihi exemit.

zu übertragen, oder ob wir durch ihn den Besitz erworben haben; aber zu vermuten wird sein, daß er für uns den Besitz erwerben wollte; denn gewöhnlich werden nach der bei uns bestehenden Verkehrssitte solche Aufträge so erteilt und also auch von den Beauftragten so verstanden, daß sie Stellvertretung bezwecken.

§. 19.

Der Verlust des Besitzes überhaupt.

Der Verlust des juristischen Besitzes kann in der zweifachen Art erfolgen, daß dabei entweder der Besitz der Sache überhaupt, oder daß nur ihr juristischer Besitz für die Person aufhört; denn es kann dieselbe bei dem Verlust des juristischen Besitzes im körperlichen Besitze der Sache bleiben, wie dies der Fall ist, wenn die Sache, ohne aus dem körperlichen Besitz des Besitzers zu kommen, die Fähigkeit verliert, Gegenstand juristischen Besitzes zu sein, oder wenn der Besitzer den körperlichen Besitz der Sache, in welchem er sich befindet, mit dem Willen fortsetzt, sie in fremdem Namen zu besitzen.

Sodann kann der juristische Besitz entweder durch gleichzeitiges völliges Aufhören des Willensverhältnisses und des körperlichen Verhältnisses der Person zur Sache verloren gehen, oder auch dadurch, daß nur das eine dieser beiden Verhältnisse völlig aufhört.

Jeder Versuch, den bekannten, schon oben besprochenen Ausspruch:

> Quemadmodum nulla possessio adquiri nisi animo et corpore potest, ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum est

so zu deuten, wie es sein Wortlaut zu verlangen scheint, daß zum Verlust des juristischen Besitzes immer gleichzeitiges völliges Aufhören jener beiden Verhältnisse erforderlich sei, scheitert — von allem andern abgesehen — daran, daß offenbar das völlige Aufhören des körperlichen Verhältnisses ohne das Bewußtsein des Besitzers eintreten kann, auch dann aber die Fortdauer des juristischen Besitzes schlechthin unmöglich ist, und daß die dadurch nicht ausgeschlossene Fiktion seiner Fortdauer im römischen Recht zwar wirklich bei unbeweglichen Sachen unter gewissen Voraus-

setzungen stattfindet, aber auch ausdrücklich darauf beschränkt wird. Bei beweglichen Sachen findet sie nie statt; wenn aber bei diesen das Aufhören des körperlichen Verhältnisses ohne das Bewußtsein des Besitzers erfolgt, so kann dadurch eine Veränderung im Willensverhältnisse nicht bewirkt werden, und es ist dennoch eine wirkliche Fortdauer des juristischen Besitzes schlechthin unmöglich, sein Verlust also notwendig.

Der Verlust des juristischen Besitzes kann nur dann als Wirkung oder Verbindung des Aufhörens des körperlichen Verhältnisses mit dem Willensverhältnisse erscheinen, wenn entweder der Wille, den juristischen Besitz aufzugeben, durch gleichzeitiges Aufgeben des körperlichen Besitzes ausgeführt wird, oder wenn das Bewußtsein des gänzlichen Aufhörens des körperlichen Verhältnisses den Besitzer da, wo er den juristischen Besitz als fingierten durch das Beharren bei dem Besitzwillen noch aufrecht erhalten könnte, hierauf zu verzichten bestimmt, oder endlich, wenn der Tod des Besitzers seine Willensfähigkeit und sein körperliches Verhältnis zur Sache gleichzeitig für immer aufhebt. Nur in diesen Fällen kann man sagen, es gehe der juristische Besitz dadurch verloren, daß beides, das animo und das corpore adquirere possessionem in das gerade Gegenteil verkehrt ist.

Verschieden gestalten sich die Bedingungen für den Verlust des juristischen Besitzes, je nachdem die Sache sich unmittelbar oder nur mittelbar im körperlichen Besitz der Person befindet.

Wir untersuchen sie zuerst für jenen einfacheren Fall.

§. 20.

Der Verlust des unmittelbaren Besitzes.

Das körperliche Besitzverhältnis besteht in der physischen Möglichkeit, in beliebiger Wiederholung, nicht aber in der physischen Möglichkeit, ununterbrochen auf die Sache zu beliebigen Zwecken einzuwirken. Hieraus folgt, daß von einem gänzlichen Aufhören dieses Verhältnisses und einem dadurch erfolgenden Verlust des Besitzes keine Rede sein kann, so lange die Person zu der besessenen unbeweglichen Sache zurückkommen

oder die beſeſſene bewegliche Sache zu ſich zurückbekommen kann, ſo oft ſie dieſes zum Behuf der Einwirkung darauf für ihre Zwecke will.

Dies beſtätigt in Hinſicht auf bewegliche Sachen L. 3 §. 13 de poss.:

> Nerva filius res mobiles excepto homine quatenus sub custodia nostra sunt, hactenus possideri, id est quatenus, si velimus, naturalem possessionem nancisci possimus. nam pecus simul aberraverit aut vas ita exciderit, ut non inveniatur, protinus desinere a nobis possideri, licet a nullo possideatur: dissimiliter atque si sub custodia mea sit, nec inveniatur, quia praesentia ejus sit et tantum cessat interim diligens inquisitio.

Achten wir genau auf das, was Nerva ſagt, ſo iſt es nicht dies, daß der Beſitz nur ſo lange daure, als eine Sache in unſerem Gewahrſam oder unter unſerer Obhut ſei, ſondern nur, daß ſo lange ſie dies ſei, unſer Beſitz fortdauere. Aber als Grund dafür gibt er an, daß ſo lange eine Sache sub custodia nostra ſei, wir beliebig ihren natürlichen, thatſächlichen Beſitz erlangen können, wenn er uns nämlich auch augenblicklich fehlt, und dieſes alſo will er damit als das durchweg Nötige, aber auch Hinreichende bezeichnen, damit der Beſitz, die Fortdauer unſeres Beſitzwillens vorausgeſetzt, noch nicht verloren ſei. Es beſteht nicht der mindeſte Grund, die Lesart der Florentina: id est in item oder idem abzuändern, und anzunehmen, daß Nerva zweierlei Bedingungen der Fortdauer des Beſitzes angeben wolle. Die Möglichkeit des nancisci naturalem possessionem, wo ſie augenblicklich im buchſtäblichen Sinne fehlt, iſt die allgemeine Bedingung der Fortdauer des Beſitzes, und darum, weil die custodia immer dieſe Möglichkeit in ſich ſchließt, iſt ſie vollkommen genügend, das körperliche Beſitzverhältnis aufrecht zu erhalten.

Daß der Ausdruck naturalis possessio hier nicht denjenigen juriſtiſchen Beſitz bedeuten kann, der nur nicht civilis possessio iſt, leuchtet ohne weiteres ein; er kann aber auch nicht das körperliche Beſitzverhältnis im Unterſchied von dem Willensverhältnis bedeuten, das zum wahren Beſitz überhaupt

gehört; denn es wird nach dem ganzen Zusammenhang vorausgesetzt, daß jenes Verhältnis fortbestehe, wenn gleich die naturalis possessio erst wieder erlangt werden müsse, aber auch durch eine nur von dem Willen des Besitzers abhängende Thätigkeit wieder erlangt werden könne. Es ist damit offenbar der natürliche oder körperliche Besitz in dem engern Sinne gemeint, wornach er darin besteht, daß die Sache im buchstäblichen Sinne bei dem Besitzer ist, d. h. so bei ihm ist, daß die gegenwärtige volle Möglichkeit besteht, auf die Sache nach Belieben einwirken zu können. Es ergibt sich dies aus dem Beispiel der im Hause verlegten Sache, die als solche freilich, so lange sie nicht wieder aufgefunden ist, der gegenwärtigen vollen Möglichkeit beliebiger Verwendung sich entzieht, aber, weil sie noch im Hause ist, unfehlbar durch eine sorgfältige Nachforschung wieder aufgefunden und dadurch wieder im buchstäblichen Sinne zu dem Besitzer gebracht wird.

Eben dieses Beispiel ist auch sehr geeignet, uns anschaulich zu machen, welchen Grad von Möglichkeit des nancisci naturalem possessionem der Jurist vor Augen hat, wenn er darein die Fortdauer des körperlichen Besitzverhältnisses setzt. Er meint eine Möglichkeit, die durch einfache diligentia in dem Sinne verwirklicht werden kann, in welchem sie jedem rechtlich Verpflichteten zugemutet wird, der nicht bloß für dolus und lata culpa haftet, d. h. also eine Sorgfalt, die in einer ernstlichen, aber nicht außerordentlichen Kraftanstrengung und in der Anwendung tauglicher, aber nicht außerordentlicher Mittel zur Erreichung ihrer Zwecke besteht.

Es ist demnach durchaus nicht auf eine Meinungsverschiedenheit zurückzuführen, wenn Gajus in L. 5 pr. de A. R. D. sagt, daß der Besitz eines von uns eingefangenen wilden Tieres uns schon dann verloren gehe, wenn es sich von uns entfernt habe und nur so noch in conspectu nostro sei, ut difficilis sit ejus persecutio, oder wenn Pomponius nach L. 13 pr. de poss. den Verlust von Steinen, die bei einem Schiffbruch in den Fluß untergesunken und nach einiger Zeit wieder herausgezogen worden seien, von dem Zeitpunkt an, in welchem sie versunken waren, für verloren erklärt. Der Besitz des Tieres ist verloren, wenn es nur noch mit außerordentlicher Anstrengung

wieder eingefangen werden könnte, der Besitz der Steine ist verloren, wenn ein außerordentlicher Zufall dazu gehörte, damit sie wieder zum Vorschein kamen und herausgezogen werden konnten, außerdem aber ganz besondere und verhältnismäßig schwierige und vielleicht kostbare Veranstaltungen dazu gehört hätten, ihrer wieder habhaft zu werden, so daß also einfache diligentia in der Nachforschung darnach nicht hingereicht hätte, sie wieder zu dem Besitzer zu bringen.

Die von Nerva mit den Worten »excepto homine« angedeutete, nur für den Sklavenbesitz geltende Ausnahme, bezieht sich darauf, daß angenommen wurde, ein entlaufener Sklave bleibe im Besitz seines Herrn, so lange er nicht von einem Andern in Besitz genommen worden sei, oder er selbst dauernd sich im thatsächlichen Freiheitsstande befinde (diu in libertate moratur L. 3 §. 10 de poss.). Es war dies eine Fiktion, die nur mäßig von der Wirklichkeit abwich, aber keineswegs derselben völlig treu blieb, und wohl nur die allzuleichte Unterbrechung der Usucapion verhüten, und den Sieg mit dem interdictum utrubi bei Sklaven erleichtern sollte. Die Fiktion ist nicht damit wegzuschaffen, daß Sklaven vermöge rechtlicher Notwendigkeit sich selbst für den Herrn besitzen, sonst könnte ihr Besitz nicht als besonderes Erfordernis des Besitzerwerbs durch sie gelten; er wäre immer durch die dominica potestas von selbst gegeben; und ein Trieb, zum Herrn wieder zurückzukehren, war gewiß nur höchst selten bei einem entlaufenen Sklaven wirklich vorhanden.

Dagegen ist ein solcher Trieb in gezähmten Tieren und Haustieren wirklich vorhanden, und kann insofern ohne Fiktion gesagt werden, daß sie, so lange sie sich nicht verirrt haben, in einem gewissen Sinne wirklich bei ihrem Herrn und also noch in ihrem Besitze sind, wenn auch dieser außer Stand wäre, durch eigene Thätigkeit sie nach Gefallen zu sich zurückzubringen.

Savigny behauptet (S. 340), daß die Unbekanntschaft mit dem Ort, wo sich eine nicht in unserer custodia befindliche Sache befinde, schlechthin ihres Besitzes verlustig mache, unter Berufung auf L. 25 pr. de poss.:

> Si id quod possidemus, ita perdiderimus, ut ignoremus, ubi sit, desinimus possidere.

Und er fordert nachher zur Fortdauer des Besitzes einer solchen Sache, daß der Besitzer bestimmt den Ort wisse, wo seine Sache sei. Dies ist insofern zu beanstanden, als offenbar erfahrungsgemäß das Nichtwissen, an welchem Orte wir eine Sache haben liegen oder stehen lassen, auch wenn sie dabei außer unserer custodia ist, die Möglichkeit noch nicht aufhebt, durch Anwendung einfacher Sorgfalt sie wieder zu uns zu bringen. Wenn ich mich nur einigermaßen anzustrengen brauche, um mich des Ortes wieder zu erinnern, wo ich eine Sache habe liegen oder stehen lassen, oder nur fleißig an den nach meinem Bewußtsein möglichen verschiedenen Orten, wo dies geschehen ist, nachzusuchen oder nachzufragen brauche, um sie wieder in meine Hände zu bekommen, so kann ihr Besitz noch nicht für verloren geachtet werden. Der Ausspruch der L. 25 cit. darf daher gewiß nicht zu buchstäblich genommen werden.

Dies bestätigt auch L. 44 pr. de poss.:

> Peregre profecturus pecuniam in terra custodiae causa condiderat: cum reversus locum thesauri memoria non repeteret, an desisset pecuniam possidere, vel si postea recognovisset locum, an confestim possidere inciperet, quaesitum est. dixi, quoniam custodiae causa pecunia condita proponeretur, jus possessionis ei, qui condidisset, non videri peremtum, nec infirmitatem memoriae damnum adferre possessionis, quam alius non invasit: alioquin responsuros per momenta servorum, quos non viderimus, interire possessionem. et nihil interest, pecuniam in meo an in alieno condidissem, cum si alius in meo condidisset, non alias possiderem, quam si ipsius rei possessionem supra terram adeptus fuissem. itaque nec alienus locus meam propriam aufert possessionem, cum supra terram an infra terram possideam, nihil interest.

Es scheint mir unrichtig, wenn Savigny (S. 239) meint, es werde in dieser Stelle custodia des vergrabenen Geldes angenommen, weil es als custodiae causa condita pecunia bezeichnet werde. Wie ich glaube, soll damit nur ein zum Behuf

der Bewahrung absichtlich vergrabenes Geld von solchem unterschieden werden, das durch Zufall verloren gegangen und unter den Boden gekommen wäre, das also sozusagen sich selbst unter der Erde vergraben hätte, nicht vergraben worden wäre, weil im letzteren Fall das Wiederfinden ebenfalls reiner Zufall wäre. Wer selbst Geld zur Bewahrung vergräbt, weiß wenigstens jetzt und in der nächsten Zeit notwendig, wo es ist, und hat es also jedenfalls deswegen nicht sofort verloren, ohne daß man zugleich sagen kann, er habe es, zumal wenn er es in einem fremden Grundstück vergraben hat, fortwährend auch nur annähernd so in seiner custodia, wie was sich in seiner Wohnung befindet.

Nun wird aber angenommen, daß der Besitzer des Geldes doch bei seiner Rückkehr sich nicht mehr an den Ort erinnern könne, an welchem er das Geld vergraben habe; diese Gedächtnisschwäche soll ihn nicht um das jus possessionis bringen, wobei wohl namentlich an das Recht gedacht ist, mittelst des interdictum utrubi [1]) es dem wieder abzufordern, der es etwa nun finden und in Besitz nehmen würde, ohne es im letzten Jahre länger als er, der es vergraben hatte, besessen zu haben. Er konnte vielleicht noch, ehe das Geld von einem Andern in Besitz genommen wurde, durch Anstrengung seines Gedächtnisses den Ort der Bergung herauszubringen, oder durch genaue Besichtigung des Grundstücks ihn entdecken. Dann behält er den juristischen Besitz, bis er ihm durch einen Andern, der das Geld ausgräbt, entzogen wird.

Wie wenig zutreffend der Schluß sei: daraus, daß Papinian das Geld, von dem er hier redet, eine pecunia custodiae causa condita nennt, folgt, daß er annehme, es sei durch die Vergrabung sub custodia dessen, der es vergraben hat, können wir uns am besten durch die Erinnerung daran zum Bewußtsein bringen, daß man oft ein Ding custodiae causa gerade aus der eigenen custodia in eine fremde bringt. Gewiß habe ich, wenn ich Wertpapiere der Sicherheit halber bei einer Bank hinterlegt habe, sie nicht in meinem Gewahrsam, sondern sie sind im Gewahrsam der Bank. In dem Fall aber, welchen Papinian hier annimmt, ist das Geld, während es vergraben

1) Vgl. L. 15 D. ad exhib. (10, 4.)

ist, weder im Gewahrsam desjenigen, in dessen Grundstück es vergraben ist, noch im Gewahrsam dessen, der es vergraben hat, wohl aber noch in dessen Besitz.

Hieraus nun ergibt sich das richtige Verständnis der viel besprochenen L. 3 §. 3 de poss.:

> Neratius et Proculus solo animo non posse nos adquirere possessionem, si non antecedat naturalis possessio: ideoque si thesaurum in fundo meo positum sciam, continuo me possidere simul atque possidendi affectum habuero, quia quod desit naturali possessioni, id animus implet. ceterum quod Brutus et Mamilius putant, eum, qui fundum longa possessione cepit, etiam thesaurum cepisse, quamvis nesciat in fundo esse, non est verum: is enim qui nescit, non possidet thesaurum, quamvis fundum possideat. sed et si sciat, non capiet longa possessione, quia scit alienum esse. quidam putant, Sabini sententiam veriorem esse, nec alias eum qui scit possidere, nisi si loco motus sit, quia non sit sub custodia nostra: quibus consentio.

Es ist hier durchaus von einem Schatz die Rede, den jemand in einem fremden Grundstück verborgen hat: dies ergibt sich daraus, daß seine Usucapion in Frage kommen soll, und daß als ein Hindernis derselben das Bewußtsein fremden Eigentums angegeben wird. Dieser Schatz ist nicht sub custodia des Grundstückbesitzers; nicht deshalb, weil er noch in der custodia dessen ist, der ihn vergraben hat, sondern deshalb, weil dieser noch juristischer Besitzer desselben, und weil es wahrscheinlich ist, daß eher er, als der Grundstückbesitzer ihn findet; darum wird dieser erst dann Besitzer des Schatzes, wenn er ihn ausgräbt; das Ausgraben ist hier deshalb nötig, weil es gilt, erst den juristischen Besitz eines Andern dadurch aufzuheben.

Einen Schatz in dem engeren Sinn der L. 31 de A. R. D. hat dagegen allerdings der in seiner custodia, in dessen Grundstück er liegt, so daß er nur um denselben zu wissen, und zu erkennen zu geben braucht, daß er ihn sich anzueignen beabsichtige, um sofort juristischer Besitzer desselben zu

werden: zu heben braucht er ihn nicht. Er kann solo animo seinen Besitz und sein Eigentum erwerben, wenn nur dieser sein Aneignungswille irgendwie deutlich zu erkennen gegeben ist. Den Gedanken Savignys, daß eine andere custodia zur Fortsetzung des juristischen Besitzes hinreiche, eine andere zu seinem Erwerb erforderlich sei, halte ich nicht für richtig.

Daß, wie L. 3 §. 11 de poss. sagt:

> Saltus hibernos aestivosque animo possidemus, quamvis certis temporibus eos relinquamus

darf durchaus nicht als eine Rechtsfiktion angesehen werden; es folgt vielmehr aus der Natur des Besitzes, nach welcher er nur darin besteht, uns die Benützung einer Sache zu ermöglichen, so oft wir sie benützen wollen. Das körperliche Verhältnis ist also bei solchen Grundstücken, welche wir nur in einem gewissen Teil des Jahres benützen wollen, offenbar dadurch nicht aufgehoben, daß wir uns davon für den übrigen Teil des Jahres völlig entfernen, ohne eine Veranstaltung zur Erhaltung unseres Besitzes zu treffen. So wie das Eigentum an solchen Grundstücken ausgeübt werden soll, kann es fortwährend ausgeübt werden, wenn der Eigentümer nur in jenem bestimmten Teil des Jahres äußerlich ungehindert ist, innerhalb derselben anwesend zu sein.

Freilich ist es nun etwas anderes, daß der unmittelbare juristische Besitz von Grundstücken überhaupt erst dann verloren gehen soll, wenn eine in Abwesenheit des Besitzers erfolgte Occupation desselben zu seiner Kenntnis gekommen ist, so daß nun seine Rückkehr zu dem Grundstück, um es für sich zu benützen, gewaltsam verhindert werden kann, und sein juristischer Besitz gleichwohl noch fortdauern soll, bis er diese, wie es scheint, wirkliche Aufhebung seines Besitzes erfahren hat.

Aber so „merkwürdig", als Savigny diese wenigstens nach dem neuen römischen Recht geltende Ausnahme erschienen ist, wäre sie doch nur dann, wenn wirklich wahr wäre, was er meint (S. 348), „daß nämlich uns von diesem Augenblick an (nämlich dem der Occupation des Grundstücks durch einen Dritten) die physische Möglichkeit auf die Sache ebenso wohl entzogen ist, als wenn ein Dieb eine bewegliche Sache aus unserm Hause entwendet." Das ist aber eben nicht wahr: es wird da-

bei überſehen, daß in dem letzteren Falle ein beſonders günſtiger Zufall nötig wäre, um uns das Wiederzurückbringen der Sache zu uns ebenſo leicht zu ermöglichen, als es uns möglich iſt, uns ſelbſt zu dem occupierten, aber dabei an ſeiner Stelle gebliebenen Grundſtück zurück zu verfügen, und den Eindringling, ſehr oft ſogar ohne alle Gewaltanwendung, wieder daraus zu vertreiben. Es läßt ſich gewiß nicht allzu ſelten eine ſolche Occupation eines von ſeinem Beſitzer gänzlich verlaſſenen Grundſtücks wie ein bloßer Verſuch des Beſitzerwerbs anſehen, deſſen Aufgeben zu erwarten iſt, wenn der Beſitzer wirklich zurückkehrt und dazu auffordert.

Beſonders iſt dies natürlich der Fall, wenn der Beſitzer nur von dem Teil eines Landgutes, den ein Anderer heimlich occupiert, abweſend, aber in einem andern Teil desſelben anweſend iſt.

Von einer ſolchen Occupation ſchreibt Celſus in L. 18 §. 3 de poss.:

> Si dum in alia parte fundi sum, alius quis clam animo possessoris intraverit, non desisse illico possidere existimandus sum, facile expulsurus finibus, simul sciero.

Ich habe in dieſem Fall den Beſitz wirklich noch nicht verloren, weil ich den, welcher heimlich in das Grundſtück eingedrungen iſt, unter den regelmäßigen Umſtänden leicht wieder hinaustreiben kann, wenn ich es inne werde: es iſt da ſeine Beſitzerwerbung eines Teils des von mir beſeſſenen Grundſtücks durch ſein heimliches Eindringen noch gar nicht zur Vollendung gekommen; es iſt das nur noch ein Verſuch derſelben. Hätte er das ganze Grundſtück heimlich occupiert, ſo wäre ich freilich aus dem körperlichen Beſitzverhältnis dadurch augenblicklich verdrängt. Aber es iſt kaum eine Fiktion zu nennen, wenn doch auch hier mein Beſitz noch als fortdauernd angenommen wird, bis ein Verſuch, den Eindringling wieder hinauszuwerfen, vergeblich von mir gemacht worden iſt, oder ich von einem ſolchen Verſuch Umgang zu nehmen mich entſchließe. Es wäre doch in der That ſehr bedenklich, in einem ſolchen Fall eine Unterbrechung der Uſucapion anzuerkennen, während es noch immer leicht möglich iſt, daß ich das urſprüngliche körperliche Beſitzverhältnis für mich wiederherſtelle.

Das Willensverhältnis des Besitzes setzt sich, wenn es einmal durch die ausgeführte Absicht, eine Sache zu besitzen und zu *behalten*, begründet ist, von selbst fort, auch während der Besitzer sich seines Besitzes nicht bewußt, oder etwa sogar in bleibende Geistesabwesenheit verfallen ist. Es hört erst dann ganz unzweifelhaft auf, so daß sein Aufhören den Verlust des Besitzes bewirkt, wenn der Besitzer den Entschluß faßt und zu erkennen gibt, den Besitz aufzugeben.

Hier entsteht nun aber die Frage, wie dieser Entschluß bei einer Tradition aufzufassen ist, nämlich ob als ein unbedingter oder als ein durch den wirklichen Übergang des Besitzes auf den, an welchen tradiert wird, bedingter.

Wie mir jetzt scheint, macht es hiefür einen wesentlichen Unterschied, ob die Tradition eine unmittelbare, oder eine durch Einweisung vermittelte ist.

Von unmittelbarer Tradition spricht *Celsus* in L. 18 §. 1 de poss.:

> Si furioso, quem suae mentis existimas, eo quod forte in conspectu inumbratae quietis fuit constitutus, rem tradideris, licet ille non erit adeptus possessionem, tu possidere desinis: sufficit quippe dimittere possessionem, etiamsi non transferas. illud enim ridiculum est dicere, quod non aliter vult quis dimittere, quam si transferat: immo vult dimittere, quia existimat se transferre.

Der Wahnsinnige ist willensunfähig, auch wenn er zwar augenblicklich ruhig, aber nicht geheilt ist, und kann daher juristischen Besitz der Sache, welche ihm zur Übertragung desselben überliefert wird, nicht erwerben. Aber der Tradent, welcher ihn für willensfähig hielt, hat ihm die Sache selbst überliefert in der Überzeugung, dadurch den juristischen Besitz auf ihn zu übertragen, und es war daher sein Wille, den Besitz zu Gunsten des Wahnsinnigen aufzugeben, ein unbedingter. Der vorausgesetzte Übergang des juristischen Besitzes auf den Empfänger der Sache war der *Beweggrund* seines Verzichts auf den Besitz; er hatte auf den Besitz nicht verzichtet *unter der Bedingung*, daß er auf den Empfänger der Sache übergehe. Diese Ansicht von *Celsus* halte ich jetzt für vollkommen richtig, und auch für

die von den römischen Juristen allmählich allgemein angenommene, wie dies namentlich aus L. 1 §. 4 und §. 20 de poss. zu erhellen scheint.

Tradiere ich aber jemand in der Gestalt, daß ich ihn heiße, von der Sache, welche ich ihm tradieren will, selbst Besitz zu nehmen, so ist es, wie mir scheint, die natürliche Auffassung, daß ich durch jene Erklärung meinen Besitz erst dann aufgegeben haben will, wann der Andere ihn ergriffen haben wird: bis dahin will ich juristischer Besitzer bleiben, und also meinen juristischen Besitz gar nicht aufgeben, wenn der Andere gar nicht in denselben eintreten wird. Meine Erklärung, aus dem Besitz weichen zu wollen, ist hier zu denken als verbunden mit einer gemischten Bedingung, d. h. einer solchen, welche zugleich Bedingung und Zeitbestimmung ist.

Von einer solchen Tradition aber redet Ulpian im §. 1 der L. 34 de poss., deren Anfang schon oben genauer besprochen worden ist. Es heißt hier:

> quamvis autem in corpore non consenserimus, an a te tamen recedet possessio, quia animo deponere et mutare nos possessionem posse et Celsus et Marcellus scribunt, dubitari potest: et si animo adquiri possessio potest, numquid etiam adquisita est? sed non puto errantem adquirere: ergo nec amittet possessionem, qui quodammodo sub condicione recessit de possessione.

Die Äußerung des Celsus, auf welche hier Ulpian Bezug nimmt, ist offenbar nicht die in L. 18 §. 1, sondern die in L. 18 pr. de poss. uns überlieferte, sowie die des Marcellus diejenige, welche wir in L. 19 pr. eod. vor uns haben. Es ist in diesen beiden Äußerungen von Übergang des juristischen Besitzes durch bloße Willenserklärungen ohne folgende That die Rede, also, wie es Ulpian hier ausdrückt, von einem animo deponere et mutare possessionem. Kann man nun, fragt Ulpian, weil dies möglich ist, annehmen, es habe in dem gesetzten Fall trotz dem dissensus in corpore derjenige, welcher in den Besitz des fundus Cornelianus eingewiesen hatte, dessen juristischen Besitz verloren? Er antwortet darauf: auch nach jenen Äußerungen von Celsus und Marcellus doch nur,

wenn der Eingewiesene den juristischen Besitz dieses Grundstücks animo erworben hätte; das hat aber sein Irrtum verhindert, und folglich hat auch der Einweiser seinen juristischen Besitz des fundus C. nicht verloren, weil er ihn nur gleichsam unter einer (nicht in Erfüllung gegangenen) Bedingung aufgegeben hatte.

Diese Ansicht Ulpians halte ich für vollkommen richtig, und glaube jetzt, daß sie auch Celsus für den Fall einer durch Einweisung vermittelten Tradition gebilligt hätte.

Es ist auch das körperliche Besitzverhältnis des Einweisers in dem angenommenen Fall durch den Eintritt des Eingewiesenen in den fundus Cornelianus nicht aufgehoben worden, weil dieser vermöge seines Irrtums gar nicht animo possessoris eintrat, und folglich ohne Zweifel das Grundstück sofort wieder zu räumen bereit war, wenn er seinen Irrtum erkannte; er war wie durch Zufall in das Grundstück gekommen, und also auch nicht einmal natürlicher Besitzer im eigentlichen Sinn geworden. Daß jemand zufällig in ein Grundstück eintritt, welches ich besitze, kann nicht mein körperliches Besitzverhältnis zu demselben aufheben.

Übrigens glaube ich, daß Ulpian ganz anders entschieden hätte, wenn er nicht eine Tradition durch bloße Einweisung, sondern eine Tradition durch persönliche Einführung oder durch Einhändigung einer beweglichen Sache vorausgesetzt hätte. Dabei nämlich halte ich einen wahren dissensus in corpore für unmöglich. Wenn ich zur Übertragung des juristischen Besitzes von dem Besitzer selbst in ein Grundstück eingeführt werde, oder einen Ring von ihm eingehändigt erhalte, so ist es unmöglich, daß Einer von uns Beiden die Sache für eine andere wirkliche Sache halte, als die sie ist. Es ist nur möglich, daß ich der Sache die Eigenschaften einer anderen wirklichen Sache in meiner Vorstellung zuschreibe. Daß er mir den Besitz dieser Sache, die wir beide vor uns sehen, übertragen und ich ihn von ihm übernehmen will, darüber sind wir vollkommen einig, und darum muß auch die Tradition als Überlieferung des juristischen Besitzes vollkommen wirksam sein. Nur ein Kauf oder eine Schenkung kommt hierbei nicht zu Stande, weil wir hinsichtlich dieser Geschäfte an verschiedene nicht vor uns liegende Sachen denken. Anders ist es, wenn ich auf Grund einer Einweisung ein falsches

Grundstück betrete. Allerdings kann ich auch hier mich nicht darüber täuschen, daß es eben das Grundstück ist, das es ist. Aber mein Wille, juristischen Besitz zu bekommen, ist darauf gerichtet, eben den juristischen Besitz zu bekommen, welcher mir durch die Einweisung abgetreten sei. Und da ich in ein wirkliches anderes Grundstück eingewiesen zu sein glaube, so bezieht sich mein Besitzwille auf dieses Grundstück und nicht auf das von mir jetzt betretene, und er ist daher wirklich ein anderer Wille, als der meines Einweisers; es dauert jetzt noch der wahre dissensus in corpore fort, der zwischen uns möglich war, so lange wir keines der beiden Grundstücke vor uns, sondern beide nur ein entferntes Grundstück, jeder ein anderes, in Gedanken hatten.

Schließlich ist noch zu bemerken, daß der Natur der Sache nach das Aufgebenwollen des juristischen Besitzes nicht eine in einen bestimmten Zeitpunkt fallende Willensthat zu sein braucht, sondern so zu sagen auch in einem allmählichen Erlöschen des Besitzwillens bestehen kann. Die Aufrechterhaltung des juristischen Besitzes durch den Willen und durch bloße Wiederherstellbarkeit des körperlichen Besitzes im buchstäblichen Sinn darf nicht als eine endlose Möglichkeit betrachtet werden. Der juristische Besitz ist als aufgegeben und dadurch verloren zu betrachten, wenn es der Besitzer lange Zeit unterläßt, von jener Möglichkeit thätigen Gebrauch zu machen.

Davon ist m. E. zu verstehen L. 37 §. 1 de poss.:

> Fundi quoque alieni potest aliquis sine vi nancisci possessionem, quae vel ex negligentia domini vacet vel quia dominus sine successore decesserit, vel longo tempore afuerit.

Auch wenn ich eine bewegliche Sache irgendwo habe stehen oder liegen lassen, und sie leicht wieder bekommen könnte, wenn ich wollte, verliere ich ihren juristischen Besitz, wenn ich zu lange es anstehen lasse, mich um ihre Wiedererlangung zu bemühen. Das Willensverhältnis erscheint dann als allmählich erloschen. Natürlich ist aber dabei fortdauernde Willensfähigkeit vorauszusetzen. Wo diese fehlt, ist nur ein corpore amittere possessionem möglich.

§. 21.

Der Verlust des mittelbaren Besitzes.

Was Papinian sagt (L. 44 §. 1):

> cum de amittenda possessione quaeratur, multum interesse dicam, per nosmet ipsos, an per alios possideremus

ist nicht sowohl als ein juristisches, sondern vielmehr als ein auf dem Wesen der natürlichen Thatsache des Besitzes und auf der gemeinen Erfahrung beruhendes Urteil anzusehen. Es lassen sich unmöglich die Regeln, nach welchen die den Verlust des unmittelbaren Besitzes betreffenden Fragen zu entscheiden sind, ganz ebenso auf die Fragen anwenden, welche den Verlust des mittelbaren Besitzes betreffen.

Um die Quellenaussprüche über diese Fragen richtig zu deuten, ist es unumgänglich, vor allem die Gestaltung des Verhältnisses einer genauen Betrachtung zu unterziehen, welches sich ergibt, wenn wir die Verwaltung unseres Besitzes Andern überlassen.

Es läßt sich allerdings der Unterschied zwischen dem unmittelbaren und dem mittelbaren Besitze im wesentlichen richtig so angeben, wie es Papinian an jener Stelle thut, daß wir bei dem unmittelbaren Besitze corpore nostro, bei dem mittelbaren corpore alieno besitzen. Aber erschöpfend ist diese Bezeichnung des Unterschiedes doch nicht; es muß ja vor allem hinzugedacht werden, daß wir bei dem mittelbaren Besitze teilweise auch animo alieno, nicht bloß corpore alieno besitzen (es gehört offenbar auch ein gewisses Wollen unserer Vertreter im Besitz dazu, damit wir durch sie zu besitzen fortfahren), und andererseits hört dadurch, daß wir Andern die Verwaltung unseres Besitzes überlassen, unser eigenes körperliches Verhältnis zur Sache nicht schlechthin auf. Beides will erwogen sein.

Wenn wir jemand eine Sache übergeben, um sie für uns zu besitzen, so wenden wir damit zur Erhaltung unseres Besitzes (soweit es uns nämlich dabei hierum zu thun ist; meist ist der Hauptzweck ein anderer), nicht ein mechanisches Mittel an, wie es das des Verschlusses einer Sache in einem Behältnisse ist, sondern wir rechnen dabei darauf, daß derjenige, wel-

chem wir die Sache übergeben, sich für verpflichtet halten wird, die thatsächliche Herrschaft über die Sache, welche wir ihm damit einräumen, zu unserem Vorteil zu handhaben.

Es deutet dies auch Paulus an, wenn er (L. 32 pr. h, t.) sagt: Quamvis pupillus sine tutoris auctore non obligetur, possessionem tamen per eum retinemus. Es ist, wie hiemit bestimmt angedeutet wird, nur nicht eine rechtliche Verpflichtung oder Haftung dessen nötig, der eine Sache für uns in Händen hat, damit wir durch ihn unsern Besitz fortsetzen; aber es ist dies doch nur dadurch möglich, daß wir annehmen können, er sehe sich als ethisch verpflichtet an, für uns zu besitzen. Insofern besitzen wir durch Andere, wenn wir wirklich durch sie besitzen, nicht bloß corpore, sondern auch animo alieno. Freilich ist dann die Fortdauer unseres Besitzes nicht sowohl davon abhängig, daß sie stets wirklich für uns besitzen wollen, sondern davon, daß sie diesen dauernden Willen vermöge des Verhältnisses, in welchem sie zu uns überhaupt (wie wenn sie unsere Sklaven sind), oder eben gerade vermöge der Übernahme der Sache zum Besitz für uns (als Depositar, Mieter, Usufruktuar u. s. w.) haben sollen. Aber eben ein solches, sie uns wenigstens moralisch verpflichtendes Verhältnis zu uns ist der notwendige eigentliche Grund der Fortsetzung unseres Besitzes durch sie. Könnten wir den Besitz schlechthin corpore alieno fortsetzen, so würde nichts darauf ankommen, ob der Stellvertreter, durch den wir unsern Besitz fortsetzen wollen, natürlich willensfähig wäre, oder nicht. Wir können aber unsern Besitz nur Willensfähigen zur Fortsetzung für uns überlassen; schon dies zeigt, daß der mittelbare Besitz nicht vollkommen genau als ein Besitzen corpore alieno bezeichnet wird.

Dann aber ist beim mittelbaren Besitz auch unser eigenes körperliches Verhältnis zur Sache keineswegs so vollständig aufgehoben, wie wenn wir die Sache verloren haben, oder ein Anderer uns mit Gewalt oder List ihren Besitz entzogen hat, um ihn für sich zu haben. Die Möglichkeit unserer eigenen körperlichen Einwirkung auf die Sache ist weder thatsächlich, noch rechtlich dadurch völlig ausgeschlossen, daß sie ein Anderer in unserem Namen besitzt, wie es ja überdies am Ende auch keinen wesentlichen Unterschied macht, ob wir das Vermögen

haben, selbst auf eine Sache körperlich einzuwirken oder nach unserm Belieben durch einen Andern auf sie einwirken zu lassen. Jedenfalls ändert die Überlassung des körperlichen Besitzes einer Sache an einen Andern, um sie für uns zu besitzen, an sich durchaus nichts an der Fortdauer unseres thatsächlichen Vermögens, uns, wenn dessen körperlicher Besitz der Sache sich irgendwie endigt, selbst wieder in unser ursprüngliches eigenes körperliches Verhältnis zu ihr zu versetzen. Dieses Vermögen hat dadurch, daß er die Sache für uns in Detention bekam, sowie es damals bestund, ebensowenig eine wahre Unterbrechung erlitten, als wenn bei unmittelbarem Besitze die Sachen von uns oder wir von ihnen zeitweise entfernt sind.

Hieraus folgt für den Verlust des mittelbaren juristischen Besitzes Folgendes:

1) Wo durch die Aufhebung des körperlichen Besitzverhältnisses des Besitzvermittlers zur Sache zugleich auch dieses Vermögen des mittelbaren Besitzers, sein ursprüngliches körperliches Verhältnis zur Sache wiederherzustellen, völlig aufgehoben wird, geht dadurch für diesen der juristische Besitz der Sache unmittelbar verloren.

Dies ist der Fall, wenn die Sache dem Besitzvermittler entwendet, wenn er dejiciert wird, wenn er sie einem Dritten zu Besitz in eigenem Namen tradiert. Wir selbst verlieren in diesen Fällen unsern juristischen Besitz körperlich in der Person des Besitzvermittlers gerade so gut, als wenn die Sache uns selbst entwendet, wir selbst dejiciert worden wären, oder sie einem Dritten selbst zu Besitz in eigenem Namen tradiert hätten.

2) Dagegen verlieren wir unsern mittelbaren juristischen Besitz nicht dadurch, daß unser Besitzvermittler die Sache einem Dritten körperlich tradiert, um das Verhältnis fortzusetzen, kraft dessen er bisher für uns besessen hat, wie wenn er als unser Depositar oder Pächter die Sache bei einem Dritten deponiert oder an ihn verpachtet.

3) Ebensowenig verlieren wir unsern mittelbaren juristischen Besitz sofort dadurch, daß sich der Besitz des Vermittlers durch seinen Tod oder sein Verfallen in Geisteskrankheit endigt; er bleibt uns, so lange es nur von unserm Willen abhängt, uns selbst wieder in unser ursprüngliches körperliches Verhältnis zur

Sache zurückzuversetzen. Es ändert sich durch solche Vorgänge augenblicklich für uns nichts, als daß unser juristischer Besitz dadurch wieder ein unmittelbarer wird, wie er für einen Abwesenden, oder einen, von dem die Sache abwesend ist, besteht.

4) Folgerichtig muß immer dasselbe auch dann angenommen werden, wenn der Besitzvermittler seinen körperlichen Besitz der Sache schlechthin aufgibt, d. h. sich von ihr zurückzieht, ohne sie einem Andern zu übergeben, sei es nun mit oder ohne die Absicht, uns dadurch seinen Dienst zur Erhaltung unseres juristischen Besitzes der Sache zu entziehen; denn es wird auch dadurch zwar unser Besitz der Sache gefährdet, aber uns noch keineswegs die Wiederherstellung desselben unmöglich gemacht.

So hat es auch schließlich Justinian festgestellt durch L. 12 C. de poss.; unter den römischen Juristen hatten darüber Kontroversen bestanden, welchen eben durch dieses Gesetz ein Ende gemacht werden sollte.

Es sind die in diesem Gesetz angedeuteten, verschiedenen Meinungen, welche es verwirft, wohl erklärlich, aber es läßt sich auch leicht zeigen, daß keine derselben folgerichtig ist.

Man konnte die Meinung, daß, wenn der Besitzvermittler irgendwie seinen körperlichen Besitz der Sache schlechthin aufgebe, dies den sofortigen Verlust des juristischen Besitzes für den bewirke, in dessen Namen er besessen habe, darauf stützen, daß dieser bisher in der Person des Vermittlers besessen habe, und deshalb dessen schlechthinnige Aufgabe des Besitzes ganz der eigenen Besitzaufgabe des mittelbaren juristischen Besitzers selbst gleichzustellen sei. Nur hätte man dann eigentlich doch auch die Beendigung des Besitzverhältnisses der Mittelsperson durch deren Tod oder Verfallen in Wahnsinn als Grund sofortigen Besitzverlustes des durch sie Vertretenen betrachten müssen. Wäre aber auch diese Konsequenz gezogen worden, so war die Meinung doch deshalb verwerflich, weil sie die bleibende Möglichkeit der Wiederherstellung des ursprünglichen körperlichen Besitzverhältnisses durch den eigentlichen Besitzer selbst außer Betracht ließ.

Die Mittelmeinung, daß wenigstens dann der juristische Besitz für den Vertretenen sofort verloren gehe, wenn die Mit-

telsperson sich von der Sache in der Absicht zurückziehe, den Besitz gänzlich aufzugeben, welches immer dabei die weitere Absicht sein möge, die hinter dieser stehen könne, ließ sich darauf stützen, daß hier der Wille der Mittelsperson, dem juristischen Besitzer seinen Besitz zu erhalten, in das gerade Gegenteil umgeschlagen sei. Allein, genau betrachtet, ist doch auch dadurch nur die Besitzvermittlung völlig und absichtlich aufgehoben, aber an dem Verhältnisse zwischen dem eigentlichen (juristischen) Besitzer zur Sache nichts geändert.

Noch eine weitere, jedenfalls mögliche Mittelmeinung deutet Justinian in seinem Gesetz dadurch an, daß er zwischen derelinquere und prodere corporaliter nactam possessionem unterscheidet. Es ist das die Meinung, daß das Preisgeben des körperlichen Besitzes, in der bestimmten Absicht, einem Dritten seine Erlangung zu ermöglichen, den sofortigen Verlust des juristischen Besitzes für den Vertretenen bewirke, noch ehe der Dritte sich wirklich in den Besitz der Sache setze.

Gewiß entbehrt jener Unterschied der Realiät nicht; denn es ist dadurch der thatsächliche Besitz des Vertretenen noch mehr gefährdet, als beim bloßen derelinquere, und wenn das prodere den beabsichtigten Erfolg hat, wird es dadurch zur Tradition; es liegt dann eine wirkliche, nur versteckte Tradition vor. Aber so lange der Dritte nicht wirklich den Besitz ergreift, ist er eben doch offenbar thatsächlich nicht für den Vertretenen wahrhaft verloren, und wenn der Dritte die Besitzergreifung völlig unterläßt, was ja offenbar auch möglich ist, fällt jeder Grund weg, hinsichtlich der Wirkung des derelinquere und des prodere des Besitzverwalters für den eigentlichen Besitzer einen Unterschied zu machen.

Daß L. 12 C. de poss. ihrem Wortlaut nach, wenn man es mit demselben genau nimmt, alle diese Meinungen verwirft, ohne positiv etwas weiteres zu bestimmen, dürfte wohl unbestreitbar sein; insbesondere scheint zugegeben werden zu müssen, daß die Annahme, Justinian habe eigentlich dies bestimmen wollen, es gehe der juristische Besitz des mittelbaren Besitzers erst dann verloren, wenn die proditio des Besitzverwalters die Occupation des von ihm körperlich besessenen Grundstücks zur Folge gehabt und überdies der eigentliche Besitzer

hievon Kenntnis erhalten habe, zur notwendigen Voraussetzung die andere Annahme hat, daß der Gesetzgeber, bezw. Verfasser des Gesetzes höchst ungeschickter Weise die Möglichkeit, daß jene traditio den beabsichtigten Erfolg gar nicht habe, völlig übersehend, sich so ausgedrückt habe, als wenn sie notwendig diesen Erfolg haben müßte, und daß er ferner auch geglaubt habe, es verstehe sich von selbst, daß, wenn sie den beabsichtigten Erfolg habe, also völlig als Tradition wirke, zum Verlust des juristischen Besitzes für den eigentlichen Besitzer noch dessen Kenntnis hievon hinzukommen müsse, während sich dies doch keineswegs von selbst versteht, sondern vielmehr das Gegenteil, so lange nicht jenes durch positive Rechtssatzung bestimmt wird. Als selbstverständlich könnte nur etwa dies betrachtet werden, daß wenn nach der schlechthinnigen Besitzaufgabe des Besitzvermittlers, ohne die Absicht, das Grundstück einem Dritten in die Hände zu spielen, irgend jemand von demselben Besitz ergreift, wieder die für den unmittelbaren juristischen Besitz geltende Regel Platz greife, daß der Besitzer dadurch erst bei erlangter Kenntnisnahme den juristischen Besitz verliere, und daß dies auch dann der Fall wäre, wenn bei der traditio ein Anderer als derjenige, welchem das Grundstück versteckter Weise tradiert werden wollte, Besitz davon ergriffe. Doch ist auch in diesen Fällen zu bedenken, daß dabei immerhin die Besitzergreifung Folge, wenn auch nicht gewollte Folge der Besitzaufgabe des Besitzvermittlers ist, und demnach sehr wohl auch hier Besitzverlust ohne die Kenntnis von der erfolgten Besitzergreifung angenommen werden kann. Kommt aber bei der traditio die beabsichtigte versteckte Tradition wirklich zu Stande, oder vollzieht die Mittelsperson offen eine Tradition, so ist es an sich selbstverständlich, daß dadurch der eigentliche Besitzer seinen juristischen Besitz ebenso auch ohne sein Wissen sofort verliert, wie bei der Dejektion des Besitzverwalters.

Bestimmt aber ist eine in L. 12 C. de poss. verworfene Mittelmeinung ausgesprochen, (jedoch auch hier nur beiläufig erwähnt) in L. 40 §. 1 de poss., indem hier zwar ganz folgerichtig gelehrt wird, der Tod der Mittelsperson hebe an sich den juristischen Besitz des eigentlichen Besitzers noch nicht auf, hiebei aber als Zwischenbemerkung eingeschoben wird: aliud

existimandum ait (Africanus), si colonus sponte discesserit. Das ist eben diese Mittelmeinung, daß wenn der Wille der Mittelsperson, für den eigentlichen Besitzer zu besitzen, sich in sein Gegenteil umgewandelt habe, und durch Weggehen ausgeführt worden sei, dies den sofortigen Untergang des bisher durch Stellvertretung aufrechterhaltenen juristischen Besitzes bewirke. Die Veränderung des aliud in idem — noch leichter wäre die in nec aliud — ist eine ganz grundlose Emendation, welche insbesondere den Basiliken gegenüber schlechthin zu verwerfen ist.

Von den Pandektenstellen, welche den Fall der völligen Besitzaufgabe des Besitzvermittlers berühren, stimmen folgende mit der L. 12 C. de poss. (nach unserer Auslegung dieses Gesetzes) völlig überein.

In L. 3 §. 8 de poss. sagt Paulus:

> quod si servus vel colonus, per quos corpore possidebam, decesserint discesserintve, animo retinebo possessionem,

d. h. mein Besitz eines Grundstücks dauert zunächst fort, es mag nun mein Besitz desselben alieno corpore durch das Fortgehen oder durch den Tod meines Sklaven oder Pächters aufgehört haben: so wie ich bisher gewissermaßen solo animo besessen habe, dauert mein Besitz fort, bis auch ich corpore meo ihn verloren habe. Daß, wenn dies durch Occupation eines Dritten erfolgt, welche der Besitzvermittler durch sein Fortgehen absichtlich ermöglicht hatte, zu meinem Verlust des juristischen Besitzes ebenso erst nach meiner Kenntnis von der Occupation erforderlich sei, wie wenn die Occupation nicht bloßer Vollzug einer versteckten Tradition wäre, ist weder gesagt, noch angedeutet.

Ebenso sagt in L. 44 §. 2 de poss. Papinian:

> ejus, quod servi vel etiam coloni corpore possidetur, non aliter amitti (dicam) possessionem, quam eam alius ingressus fuisset, eamque amitti nobis quoque ignorantibus.

Es ist hier ausdrücklich gesagt, was in L. 12 C. de poss. nicht gesagt, aber eben auch nur als selbstverständlich unberührt gelassen wird, daß nämlich, wenn die Occupation eines

Dritten Folge der irgendwie erfolgenden Beendigung der Besitzvermittlung ist, der Verlust des juristischen Besitzes für den eigentlichen Besitzer ohne dessen Wissen eintritt.

Den Gegensatz bildet der Fall, daß wir ein Grundstück bloß animo nostro und weder nostro, noch alieno corpore besitzen, wie es bei Bergweiden (in der Jahreszeit, in welcher sie nicht benützt werden) sich verhält.

Hier sagt Papinian dann in L. 46 cod.:

> quamvis saltus proposito possidendi fuerit alius ingressus, tamdiu priorem possidere dictum est, quamdiu possessionem ab alio occupatam ignoraret.

Entschieden verneint wird auch der sofortige Besitzverlust bei absichtlichem Aufgeben des körperlichen Besitzes durch den Besitzvermittler von Proculus in L. 31 de dolo:

> Cum quis persuaserit familiae meae, ut de possessione decedat, possessio quidem non amittitur, sed de dolo malo judicium in eum competit, si quid damni mihi acciderit.

Offenbar soll damit die Sabinianische Meinung berichtigt werden, daß die Beendigung des körperlichen Besitzverhältnisses der Mittelsperson schlechthin so anzusehen sei, wie wenn damit auch der juristische Besitz des Vertretenen corpore verloren gehe; nur sofern die darin liegende thatsächliche Gefährdung des eigentlichen Besitzers zu wirklicher Beschädigung desselben führt, soll dafür der mit der actio doli haften, welcher den Besitzvermittler zum Aufgeben des Besitzes angestiftet hat.

Wahrscheinlich spricht ihrem ursprünglichen Sinn nach, indirekt wenigstens, die Sabinianische Meinung aus L. 31 de poss., worin Pomponius sagt:

> Si colonus non deserendae possessionis causa exisset de fundo et eo redisset, eundem locatorem possidere placet.

Es wird hier nur bleibendes und vorübergehendes Fortgehen des Besitzvermittlers einander gegenübergestellt und gesagt, daß letzteres keine Unterbrechung der Besitzvermittlung bewirke. Damit wäre es also wohl vereinbar, daß Pomponius anerkannt hätte, mit jeder wirklichen Beendigung des körperlichen Besitzverhältnisses des Pächters trete sofort Verlust des juristischen

Besitzes des Verpächters ein, und daß er bloß hervorheben wollte, es sei eine nur vorübergehende Entfernung des Pächters keine wirkliche Beendigung seines körperlichen Besitzverhältnisses.

Mit dem Satze, daß der Verlust des mittelbaren juristischen Besitzes durch den Besitzvermittler notwendige Folge der Tradition der Sache an einen Dritten zu Besitz in eigenem Namen sei, scheint bei oberflächlicher Betrachtung in Widerspruch zu stehen, was in L. 32 §. 1 de poss. gesagt wird:

> Si conductor rem vendidit, et eam ab emptore conduxit et utrique mercedes praestitit, prior locator possessionem per conductorem rectissime retinet.

Denn es liegt allerdings nahe, in dem mit dem Verkauf verbundenen zweiten Mietvertrag ein constitutum possessorium zu erblicken. Allein das constitutum possessorium ist in einer Verbindung dieser Verträge nur dann enthalten, wenn der Verkäufer in eigenem Namen besitzt, und als Mieter den körperlichen Besitz als einen Besitz im Namen des Käufers fortsetzt. In dem hier angenommenen Fall würde der verkaufende Mieter, wenn er die Sache dem Käufer wirklich tradiert, oder sie ohne wirkliche Tradition von ihm in der zu erkennen gegebenen Absicht wieder gemietet hätte, fortan nur noch in dessen, nicht in des ersten Vermieters Namen zu besitzen, eben dadurch den juristischen Besitz dem ersten Vermieter entzogen und an sich gebracht, gleichzeitig aber auf den Käufer übertragen haben; es wäre dann wirklich ein constitutum possessorium zustande gekommen. Da er aber durch Fortzahlung des Mietzinses an den ersten Vermieter die Absicht zu erkennen gegeben und bethätigt hat, fortwährend nur in dessen Namen zu besitzen, so hat er ja eben dadurch dessen juristischen Besitz aufrecht erhalten, und es konnte deshalb der Doppelvertrag, den er mit dem Käufer eingieng, nur eine doppelte obligatorische Wirkung, nicht aber eine besitzübertragende Wirkung haben. Der Käufer ist zu dem Glauben veranlaßt worden, den juristischen Besitz der Sache erlangt zu haben, und kann gegen den Verkäufer deshalb allenfalls die doli actio, nicht bloß die Klage aus dem Kaufvertrag anstellen. Aber er hat nicht wirklich juristischen Besitz erlangt.

Bekker findet es in seinem Werk über das Recht des Besitzes (S. 221) unbegreiflich, daß im vorliegenden Fall der Käufer nicht Besitzer, echter Interdiktenbesitzer werden solle. Denn, sagt er: „er hat alles, was Savigny und was irgend andere zum Besitzerwerb fordern: animus, corpus, die Sache ist besitzbar u. s. w.“ Aber wie sollte er denn »corpus« haben, da ihm weder wirklich tradiert worden ist, noch der Verkäufer in seinem Namen körperlich besitzt, sondern vielmehr thatsächlich im Namen des ersten Vermieters zu besitzen fortfährt, und sich nur den Anschein gibt, als ob er — was ja aber eben als Thatsache schlechterdings unmöglich ist — im Namen von zwei verschiedenen Personen zugleich besäße?

§. 22.

Der Verlust des mittelbaren juristischen Besitzes an den Besitzvermittler.

Der mittelbare juristische Besitz kann nicht nur durch den Besitzvermittler, sondern auch an ihn verloren gehen und zwar nicht nur in dem uneigentlichen Sinne, daß dies mittelst brevi manu traditio von dem juristischen Besitzer selbst bewirkt wird, worin eben deswegen kein eigentlicher Besitzverlust für diesen liegt, weil er dann seinen juristischen Besitz vielmehr auf den Besitzvermittler überträgt, als ihn an denselben verliert, sondern auch so, daß dem bisherigen juristischen Besitzer dadurch sein juristischer Besitz wider seinen Willen entgeht.

Aber nur durch eine That des Besitzvermittlers kann dies bewirkt werden, mittelst welcher er den juristischen Besitz von demjenigen, in dessen Namen er bisher besessen hat, wirklich an an sich zieht, nicht durch eine bloße, irgendwie zu erkennen gegebene Willensänderung. Man kann nicht Besitzvermittler für einen Andern werden, ohne es zu wollen; aber wenn man es geworden ist, so ist durch den Grund, aus dem man den körperlichen Besitz erlangt hat, dieser ein für allemal als Besitz in fremdem Namen bestimmt, und die bloße Willensänderung, statt in fremdem Namen, nunmehr in eigenem Namen zu besitzen, kann hieran nichts ändern. Ich werde Depositar einer fremden Sache nicht ohne meinen Willen, aber wenn ich das Depositum über-

nommen habe, so bin und bleibe ich Depositar, gleichviel, ob ich es bleiben will oder nicht; mein Besitz der Sache ist Besitz eines Depositars und also ein nur den eigentlichen Besitz des Deponenten vermittelnder Besitz, auch wenn ich die Rückgabe der Sache verweigere. Causam possessionis nemo ipse sibi mutare potest: das ist, wie schon oben bemerkt wurde, kein bloßes Rechtsverbot, sondern nur eine besondere Anwendung der Wahrheit, daß eine einmal geschehene Thatsache nicht ungeschehen gemacht werden kann. Nur wenn der Depositar sein körperliches Verhältnis zur Sache dazu benützt, um sie auf die Seite zu schaffen (loco movet), und damit sich thatsächlich in ein neues anderes Besitzverhältnis versetzt, so aber den Besitz des Deponenten in gleicher Weise aufhebt, wie dies geschehen wäre, wenn ein Dritter die Sache entwendet hätte, wird er selbst juristischer Besitzer der Sache statt des Deponenten und verliert dieser dadurch seinen Besitz an ihn. Er hat dadurch nicht den Grund desselbigen Besitzes verändert, sondern mit Aufhebung des Besitzes des Deponenten einen neuen juristischen Besitz der Sache sich verschafft. Ebenso kann der Pächter zwar den Verpächter dejicieren, indem er ihn selbst oder den in den Besitz des Grundstücks eingewiesenen Käufer durch Gewalt oder Gewaltandrohung abhält, in das Grundstück einzutreten, nicht aber verliert der Verpächter schon dadurch den juristischen Besitz des Grundstücks an den Pächter, daß dieser Herr desselben sein will. Dies bestätigen für das R. R., wie es aus der Natur der Sache folgt, L. 3 §. 18 de poss., L. 1 §. 2 und L. 67 pr. de furtis (47, 2), L. 12 de vi (43, 16).

Savigny hält diese Bestimmungen für solche, die aus besonderen Zweckmäßigkeitsgründen aufgestellt worden seien; wenn bloß die allgemeine Regel des Besitzerwerbs anzuwenden wäre, müßte der animus possidendi allein hinreichend sein, den Repräsentanten zum juristischen Besitzer zu machen. Er hat dabei L. 3 §. 3 de poss. im Auge, welche sagt, es könne nur dann der juristische Besitz nicht solo animo erworben werden, si non antecedat naturalis possessio, woraus allerdings zu folgen scheint: weil der Besitzvermittler die naturalis possessio hat, kann er den juristischen Besitz solo animo erwerben. Aber hier wird nach dem Zusammenhang — es ist von dem Schatz die Rede, welchen jemand ohne sein Wissen in seinem Grundstück besitzt —

ein natürliches, körperliches Besitzverhältnis vorausgesetzt, in welches ich zu einer besitzfreien Sache zufällig gelangt bin, dessen Verwandlung in juristischen Besitz also ohne Aufhebung fremden Besitzes erfolgen kann, wie es auch durch keinen Rechtsgrund so bestimmt ist, daß es zur Vermittlung fremden Besitzes diene. Hier kann ich allerdings den juristischen Besitz durch den bloßen Entschluß erwerben, die schon körperlich in meinem Besitz befindliche Sache für mich zu behalten. Etwas ganz anderes ist es, wenn ich als Depositar, Pächter u. s. f. im natürlichen Besitz einer Sache für einen Andern bin, und dessen so durch mich vertretener juristischer Besitz erst aufgehoben werden muß, damit ich juristischer Besitzer der Sache statt seiner werden kann. Es läßt sich nicht folgern, daß ich dieses solo animo bewirken kann, weil ich in jenem Fall solo animo meine naturalis possessio zu juristischem Besitz zu machen vermag.

Auch die L. 47 de poss. scheint mir Savigny nicht richtig verstanden zu haben.

Papinian schreibt hier:

> Si rem mobilem apud te depositam vel ex commodato tibi [traditam] possidere neque reddere constitueris, confestim amisisse me possessionem vel ignorantem responsum est: cujus rei [responsi?] forsitam illa ratio est, quod rerum mobilium neglecta atque omissa custodia, quamvis eas nemo alius invaserit, veteris possessionis damnum adferre consuevit: idque Nerva filius libris de usucapionibus retulit.

Papinian erzählt von einem oder mehreren Gutachten, wornach der Deponent oder Commodant den juristischen Besitz sofort und selbst ohne sein Wissen dadurch verloren haben soll, daß der Depositar oder Commodatar beschließt, die Sache in eigenem Namen zu besitzen und nicht zurückzugeben. Er sucht nach einem Grunde, aus welchem der oder die Respondenten zu dieser falschen Meinung haben kommen können und vermutet, daß dies folgender sei: auch bei dem unmittelbaren Besitz von beweglichen Sachen sei es die herkömmliche, z. B. von dem jüngeren Nerva berichtete Meinung, daß der Besitz schon durch Vernachlässigung und Aufgabe der eigenen

Bewahrung verloren gehe, auch wenn kein Anderer sich der Sachen bemächtige (wie wenn jemand solche irgendwo außer seinem Hause liegen lasse und zögere oder es gänzlich unterlasse, sie wieder an sich zu nehmen); nun sei darin, daß der Depositar oder Commodatar die ihm anvertraute Sache für sich behalten wolle, eine Vernachlässigung und Aufgabe ihrer Bewahrung für den Eigentümer enthalten; deshalb also sei dieser als des juristischen Besitzes verlustig geworden zu betrachten. Papinian hält sich nicht damit auf, nachzuweisen, daß dies ein Trugschluß sei; er geht sofort dazu über, ebenfalls unter Berufung auf Nerva, weiter auszuführen, inwiefern die custodia zur Erhaltung des Besitzes diene, welche Ausführung denn auch als der Hauptinhalt der ganzen Stelle anzusehen ist.

Allerdings zeigt dieselbe, wie auch L. 3 § 18 und L. 20 de poss., daß es wenigstens unter den früheren römischen Juristen Gegenstand des Streites war, ob schon durch bloße Willensänderung oder erst durch thatsächliche Aneignung der Sache der Besitz des Besitzvermittlers zu Besitz in eigenem Namen werde. Es wird aber die letztere Meinung um so leichter durchgedrungen sein, als es sich dabei immer insbesondere auch um die praktisch wichtige Frage handelt, ob eine im Lauf befindliche Usucapion schon als unterbrochen gelten solle, wenn es nur irgendwie erkennbar sei, daß der Besitzvermittler seinen Besitzwillen geändert habe. Die Usucapion soll zur Beweiserleichterung dienen; diesen Zweck erfüllt sie nur dann, wenn bloß handgreifliche und deshalb leicht und streng beweisbare Thatsachen sie zu unterbrechen vermögen; eine solche ist aber die bloße Willensänderung des Besitzvermittlers offenbar nicht.

Wie sehr die römische Jurisprudenz bei Beantwortung der Frage, ob der juristische Besitz verloren gegangen sei oder noch fortdauere, sich von der Rücksicht darauf leiten ließ, daß diese Frage von vorzüglicher Bedeutung für die Unterbrechung oder den Fortgang der Usucapion sei, zeigt namentlich L. 17 §. 3 de furtis (47, 2):

> Quamvis possidere servum eo tempore quo in fuga est, videor, attamen furti actione non teneor, quasi non sit in mea potestate: quod enim videor

possidere, ad usucapionem tantum mihi proficere Julianus scribit.

Es wird hier unverholen anerkannt, daß der Herr einen entlaufenen Sklaven nicht in seiner thatsächlichen Gewalt hat, und darum soll er auch nicht für eine Entwendung, die der Sklave begeht, während er auf der Flucht ist, verantwortlich gemacht werden: aber damit der Fortgang des Usucapion eines Sklaven durch sein Entlaufen nicht gehindert werde, soll der Herr doch als sein Besitzer fortwährend betrachtet werden.

§. 23.

Der Besitz von Sachteilen.

Savigny handelt vom „Besitz an einzelnen Teilen einer Sache" bei der Lehre vom Erwerb des Besitzes, als wenn es sich dabei nur darum fragte, „unter welchen Bedingungen es möglich sei, an einem einzelnen Teil eines Ganzen Besitz zu erwerben." Aber in der That fragt es sich dabei auch darum, unter welchen Bedingungen der Besitz einer Sache fortdauere oder verloren gehe, wenn sie Teil einer anderen Sache wird, oder wenn umgekehrt ihre Teile durch Aufhebung ihrer Verbindung mit einander Ganze werden? Und deshalb ist es doch wohl geratener, von dem Besitz einzelner Teile einer Sache erst nach der Abhandlung der Lehren vom Erwerb und Verlust des Besitzes zu handeln.

Auch sehen wir dabei ganz ab von dem Besitz intellektueller Sachteile, von welchen überhaupt nur in einem sehr uneigentlichen Sinne geredet werden kann, weil er eigentlich Besitz einer ganzen Sache zu einem Teile ist. Von diesem Besitz ist im 1. Hefte dieser „weiteren Beiträge", S. 38—43 gehandelt worden. Darauf ist hier nur zu verweisen.

Was nun aber die Fragen anlangt, welche den Besitz von körperlichen Teilen einer Sache betreffen, so möchte es dienlich sein, hierbei zunächst wieder davon auszugehen, daß wir sie vorerst bloß auf den Besitz als natürlichen, d. h. körperlichen Besitz beziehen.

Dieser Besitz einer Sache ist notwendig immer zugleich Besitz aller einzelnen Teile der Sache, und kein Anderer, als

der Besitzer der ganzen Sache kann irgend einen einzelnen Teil der Sache besitzen. Wird eine von mir körperlich besessene Sache Teil einer von einem Andern körperlich besessenen Sache, so hört notwendig mein Besitz derselben auf, und kommt sie in den Besitz des Besitzers derjenigen Sache, deren Teil sie wird. Werden Teile einer Sache selbständige Sachen, so kommen sie dadurch an und für sich nicht aus dem körperlichen Besitz des körperlichen Besitzers der Sache, deren Teile sie waren. Es müssen besondere thatsächliche Gründe hinzukommen, damit sie aus seinem Besitz kommen.

Beziehen wir aber dann jene Fragen auf den juristischen Besitz, so erhellt sofort, daß sich ihre Beantwortung nicht so einfach und leicht ergibt.

Daß der körperliche Besitzer einer Sache notwendig alle einzelnen Teile derselben körperlich besitzt, hindert nicht, daß er einzelne Teile derselben in eigenem Namen, also juristisch besitzt, andere aber in fremdem Namen, also nicht juristisch besitzt, und daß also dann die einzelnen Teile der Sache verschiedene juristische Besitzer haben; es hindert auch nicht, daß er selbst die einzelnen Teile der Sache aus verschiedenen Rechtsgründen und folglich mit verschiedenen Rechtswirkungen juristisch besitzt. Aber es fragt sich, unter welcher Bedingung dies möglich ist? Ferner hindert die Notwendigkeit, daß, indem eine Sache Teil einer von einem Andern körperlich besessenen Sache wird, sie dadurch in dessen körperlichen Besitz kommt, nicht, daß sie im juristischen Besitz ihres bisherigen juristischen Besitzers bleibt, und ebensowenig, daß ihr körperlicher Besitz dessen, welcher sie jetzt körperlich besitzt, nicht die Eigenschaft des juristischen Besitzes hat, weil sie ja dabei aufhören kann, Sache, d. h. selbständiges körperliches Ding zu sein, was die unerläßliche Bedingung dafür ist, daß sie Gegenstand eines besondern Eigentums und eines besondern juristischen Besitzes sein könne. Und endlich liegt in der Notwendigkeit, daß der körperliche Besitzer einer Sache ohne einen besondern hinzukommenden Grund körperlicher Besitzer der sich von ihr ablösenden Teile bleibe, kein Hindernis dafür, daß sein fortdauernder körperlicher Besitz derselben, welcher bisher nicht die Eigenschaft des juristischen Besitzes hatte, jetzt juristischer Besitz werde, indem ja diese bisherigen Sachenteile jetzt

gerade durch ihre Ablösung von dem Ganzen, dem sie als Teile angehörten, fähig werden können, Gegenstände des juristischen Besitzes zu sein.

Fragen wir nun zunächst, unter welcher Bedingung es möglich ist, daß der körperliche Besitzer einer Sache nur einzelne Teile juristisch, oder die einzelnen Teile mit verschiedenen Wirkungen juristisch besitze, so scheint mir hierauf der Natur der Sache nach ganz einfach so geantwortet werden zu müssen: es ist dies immer möglich, wenn die einzelnen Teile bei der Verbindung zu einem Ganzen ihr selbständiges körperliches Dasein behalten, und es ist dies immer unmöglich, wenn sie es dabei nicht behalten. Denn in jenem Fall bleiben sie fähig, in diesem aber werden sie unfähig, Gegenstände des juristischen Besitzes zu sein. Das Kennzeichen dafür aber, ob sie ihr selbständiges körperliches Dasein behalten, oder nicht, ist dieses, daß entweder ohne Veränderung ihres Wesens, oder daß nur mit einer solchen ihre Verbindung zu einer einheitlichen Sache wieder gelöst werden kann. Nur im letzteren Falle ist die Selbständigkeit ihres körperlichen Daseins beeinträchtigt, im ersteren dagegen nicht.

Es läßt sich, meine ich, nicht daran zweifeln, daß ich als Besitzer eines Rings, in welchen ein Edelstein eingesetzt ist, den Edelstein einem Andern mit dem Vorbehalt schenken kann, ihn eine bestimmte Zeit lang als von ihm mir geliehen im Ring zu tragen, und daß ich dann, wenn er darauf eingeht, den Goldreif in eigenem und den Edelstein in fremdem Namen, also jenen juristisch und diesen bloß natürlich besitze, oder daß, wenn ich den Geldreif vor zwei Jahren bona fide gekauft und tradiert erhalten habe, den Edelstein aber ebenso vor einem Jahr geschenkt und tradiert bekommen habe, ich Eigentümer des Goldreifs in einem Jahr und Eigentümer des Edelsteins in zwei Jahren werde. Ebenso aber scheint es sich mir notwendig zu verhalten, wenn es sich um einen Wagen und ein einzelnes Rad des Wagens handelt.

Es scheint mir das alles ebenso unzweifelhaft, als daß der juristische Besitzer eines Gartens oder Waldes keinen darin stehenden Baum im Namen eines Andern besitzen, beziehungsweise durch Usucapion eher zu eigen erwerben kann, als den Boden.

Wie verhält es sich nun aber mit dem Gebäude, d. h. dem nicht auf den Boden aufgesetzten, sondern in ihm hineingebauten Gebäude?

Es handelt sich hier nicht um eine durch die Verbindung mit dem Boden ihre Selbständigkeit verlierende Sache, wie bei dem in dem Boden eingepflanzten Baum, sondern es wird das Gebäude erst, nachdem sein Grund gelegt ist, durch den Aufbau allmählich zu einer (den Boden als Bestandteil in sich enthaltenden) Sache. Man kann sich das als in der Vorstellung, aber nicht in der Wirklichkeit vom Boden trennbare, aus einer Vielheit beweglicher Sache bestehende Gefüge (das Gebäude im engern Sinn, die superficies) als Sache vorstellen, aber es ist keine wirkliche Sache, weil ihm dazu die selbständige körperliche Existenz fehlt. Die superficies ist res soli, wie der in den Boden eingepflanzte Baum, aber es ist nicht, wie der Baum, wirkliche Sache. Wirkliche Sachen sind nur die beweglichen Baustücke, aus welchen es zusammengefügt ist. Diese aber sind nicht res soli, wie das Gebäude (im engern Sinn) als vorgestellte, und wie der eingepflanzte Baum als wirkliche Sache. Denn es kann ihre Zusammenfügung zum Gebäude ohne Veränderung ihres Wesens wieder gelöst werden.

Der Natur der Sache nach also müßte man sagen: das Gebäude im engern Sinn kann wie der eingepflanzte Baum nur mittelst des Besitzes des Bodens besessen werden, und ist mit diesem auch Objekt des juristischen Besitzes; ohne ihn kann es aber, weil es nicht wirkliche Sache ist, auch nicht Gegenstand des Besitzes sein. Die einzelnen beweglichen Baustücke dagegen sind besitzfähig, nach wie vor ihrer Zusammenfügung zum Gebäude. Der körperliche Besitzer des Hauses kann die einzelnen Baustücke teils in eigenem, teils in fremdem Namen besitzen, er kann bonae fidei possessor des Hauses als aus dem Boden und den Baustücken bestehenden Ganzen sein, weil er bonae fidei possessor des Bodens ist, und doch malae fidei possessor der sämtlichen Baustücke, aus welchen es zusammengefügt ist; er kann, wenn er Usucapionsbesitzer des Bodens und der sämtlichen Baustücke ist, diese durch Usucapion zu eigen erwerben, lange ehe er Eigentümer des Bodens und damit des Hauses wird u. s. f.

Das römiſche Recht hat aber anders entſchieden. Nach ihm gelten die einzelnen beweglichen Gebäudeteile ganz ebenſo, wie das ganze aus ihnen beſtehende Gefüge als unfähig Gegenſtände des juriſtiſchen Beſitzes zu ſein, ſo lang ſie im Gebäude ſind; ſie können ſelbſt durch die Uſucapion des den Boden als Beſtandteil enthaltenden Hauſes nicht uſucapiert, und es kann auch zum Behuf der Uſucapion die Zeit, während welcher ſie im Gebäude körperlich beſeſſen wurden, nicht eingerechnet werden. (L. 23 §. 6 de R. V. L. 7 §. 11 de A. R. D. L. 23 pr. §. 2 de usurp. [1])

Alle Verſuche, dieſe Entſcheidungen aus der Natur der Sache zu erklären, wie ſie ſchon von römiſchen Juriſten gemacht worden ſind, ſtellen ſich m. E. bei genauerer Erwägung als unhaltbar dar. Die einzig haltbare Erklärung derſelben iſt die aus den Beſtimmungen der zwölf Tafeln über das tignum aedibus junctum. Weil hiernach der Eigentümer desſelben die Vollendung ſeiner Uſucapion nicht durch die actio ad exhibendum verhüten kann, ſollen ſie nicht uſucapiert werden können, und damit ſie nicht uſucapiert werden können, ſoll auch ihr Beſitz nicht als juriſtiſcher Beſitz gelten.

Die Unhaltbarkeit des von Javolenus in L. 23 pr. de usurp. gemachten Verſuchs rationeller Begründung der über den Beſitz von beweglichen Gebäudeteilen nach R. R. geltenden Beſtimmungen hat m. E. Bechmann in ſeiner Schrift: „Zur Lehre vom Eigentumserwerb durch Acceſſion“ S. 61 Anm. 4 unwiderleglich dargethan. Beſonders verwirrend hat aber der, wie mir ſcheint, ebenſo unhaltbare Erklärungsverſuch von Pomponius in L. 30 de usurp. gewirkt, weil darin von ihm doch zugleich eine Ausnahme von der Regel anerkannt zu werden ſcheint, aber ohne alle Begründung dieſer Anerkennung.

Pomponius geht hier von der Frage aus, ob die Vermengung von Sachen mit einander (rerum mixtura) ihre ſchon begonnene Uſucapion unterbreche? Er legt dann ſeiner Erörterung dieſer Frage die bekannte Einteilung der Ganzen (corpora)

1) In L. 30 pr. de poss. ſind unter den singulae res, quae in aedificio sunt, gewiß nicht die Stücke zu verſtehen, aus welchen das Gebäude zuſammengefügt iſt, ſondern die in dem Raum desſelben befindlichen Sachen.

in corpora ἡνωμένα, συνημμένα und ex distantibus constantia zu Grunde, mit der Bemerkung, daß die Frage sich nur auf die zwei letzten Arten vom Ganzen beziehe. Im §. 1 stellt er dann als Beispiel von corpora συνημμένα das Gebäude und den aus einem Goldreif und einem Edelstein bestehenden Ring auf, beide von einander dadurch unterscheidend, daß im Gebäude die Baustücke implicantur rei soli, im Ring aber der Stein beweglich bleibe, oder wie er hernach sagt, utrumque — aurum et gemma — maneat integrum, woraus er für den Ring als unbedingt wahr (verum) folgert, daß beides, der Goldreif und der Stein nebeneinander juristisch besessen und usucapiert werde, worin offenbar zugleich das (nicht ausgesprochene) verneinende Urteil liegt: im Gebäude werden die Baustücke nicht neben dem Boden juristisch besessen und usucapiert, wie das ja auch nach andern Quellenstellen geltendes Recht war. Gleichwohl hat er zuvor eine Entscheidung Labeos berichtet, wornach unter gewissen Voraussetzungen die Usucapion von Baustücken durch ihre Einfügung in ein Gebäude nicht unterbrochen werden soll. Er tadelt diese Entscheidung nicht; er sagt aber auch nicht, in wie fern er sie für vereinbar damit halte, daß wie er doch nachher indirekt behauptet, im Gebäude die Baustücke nicht neben dem Boden possidentur et usucapiuntur. Mir scheint, sein Gedankengang war eigentlich der: unter gewissen Voraussetzungen wird die Usucapion von Baustücken durch Einfügung nicht unterbrochen (obwohl sie an sich als unterbrochen gelten müßte), wie das Labeos Entscheidung zeigt, die man auf dessen Autorität hin gelten lassen kann, und zwar um so eher, weil es beim Ring, der doch auch ein corpus συνημμένον ist, unzweifelhaft (verum) ist, daß die Einsetzung des Steins in den Ring die Usucapion nicht unterbricht.

Daß Pomponius der Meinung war: die Baustücke werden durch ihre Einfügung in das Gebäude als eine res soli selbst res soli und also unbewegliche Sachen, und sie verlieren dadurch die Selbständigkeit ihrer Existenz (integra non manent) scheint mir nach dem ganzen Zusammenhang unzweifelhaft. Aber für unrichtig halte ich diese Meinung, weil dabei übersehen ist, daß keineswegs aus der Untrennbarkeit des Gebäudes von der area ohne seine Zerstörung auch die gleiche Untrennbarkeit der

einzelnen beweglichen Gebäudeteile von der universitas aedificii folgt [2]).

Was ist nun aber der wahre Sinn der Entscheidung Labeos? Worin bestehen die dieselbe wahrhaft bedingenden Voraussetzungen?

Man thut, meine ich, einem Juristen, wie es Labeo war, ein schweres Unrecht an, wenn man annimmt, die Kürze des Restes der Usucapionszeit habe ihn bewogen, von einem Hindernis der Vollendung der Usucapion ganz abzusehen; jeder wahre Jurist muß es völlig gleichgültig finden, ob an einer gesetzlichen Frist von einem Jahr nur zehn oder dreihundert Tage fehlen; bei einer Behandlung des Rechts, wie man es damit Labeo zutraut, wäre es um alle Rechtssicherheit geschehen und richterlicher Willkür Thür und Thor geöffnet. Nur das dürfen wir von einem Labeo erwarten, daß er um so sorgfältiger erwägen werde, ob ein scheinbares Hindernis der Usucapionsvollendung wirklich vorliege, je näher diese bevorsteht. Nun wußte er wohl, daß die Usucapion von Ziegeln oder Säulen unterbrochen werde, wenn sie zur Fertigstellung eines Hauses verwendet werden; aber er sah ein, daß es ganz anders zu beurteilen sei, wenn sie in ein fertiges Haus verwendet werden, um es auszubessern, bezw. die Tragkraft eines Fußbodens oder Gewölbes zu erhöhen. Dann können sie natürlich auch ohne Zerstörung des Hauses wieder herausgenommen, es kann dem Eigentümer ohne Verletzung der Vorschrift der zwölf Tafeln, wenn nur deren wahrer Sinn beachtet wird, die actio ad exhibendum gewährt, und eben deshalb auch die Usucapion solcher Sachen zugelassen wer-

---

2) Wenn die Meinung von Pomponius richtig wäre, so könnte tignum junctum als solches auch nicht Gegenstand des Eigentums eines Andern sein. Dann wären aber die besonderen Bestimmungen über das tignum junctum sinnlos. Wegen dieser Bestimmungen mußte man Fortdauer des fremden Eigentums am tignum junctum annehmen, trotzdem daß man es als unfähig behandelte, Gegenstand besonderen juristischen Besitzes zu sein, was nun freilich ganz inkonsequent war. Gegen die Meinung, daß nach R. R. auch das Eigentum des tignum junctum als untergegangen zu betrachten sei, möchte ich insbesondere auch auf die Worte der L. 98 §. 8 de solut. (46, 3) aufmerksam machen: lex duodecim tabularum tignum aedibus junctum vindicari posse scit, sed interim id solvi prohibuit, pretiumque ejus dari voluit.

den. Darum sagt er: wer die Usucapion von Ziegeln oder Säulen noch nicht vollendet hat, erwirbt das Eigentum derselben durch Usucapion demungeachtet, daß er sie in ein in seinem Besitz befindliches Gebäude verwendet, wenn er sie nur in diesem zu besitzen fortfährt, betrachtet er es aber dabei als selbstverständlich, daß man unter dem aedificium, in quod tegulas vel columnas conjecit, ein schon ausgebautes, nicht mittelst solcher Verwendung von Baustücken erst fertig zu stellendes Haus sich vorstelle. Wer ein Haus mit Baustücken aufbaut, von dem wird man kaum je sagen, daß er sie in aedificium conjicit. Meischeider ist m. E. in der Erklärung dieser Stelle (Besitz, S. 111) der Wahrheit sehr nahe gekommen, ohne sie jedoch völlig zu erreichen. Es ist im wesentlichen der gleiche Grund, aus welchem nach meiner Ansicht Labeos Entscheidung zu erklären ist, und aus welchem ich auch Savignys Meinung für ganz richtig halte, daß die beweglichen Gebäudeteile nach R. R. nur dann nicht mit der Usucapion des Gebäudes usucapiert werden, wenn dasselbe von seinem Erbauer mit fremdem Material erbaut worden ist. Hat er es mit eigenem Material erbaut, so kann er den Verlust seines Eigentumsrechts am Material durch Vollendung der Usucapion des Hauses jederzeit mittelst der Vindication des ganzen Hauses verhüten, und deshalb fällt jeder Grund dafür weg, das Material, so lange es im Hause ist, als besitz- und usucapionsunfähig zu behandeln.

Wir haben nun noch auf die Frage einzugehen, welche Folge es für den juristischen Besitz hat, wenn von einer im juristischen Besitz befindlichen Sache ein Teil abgetrennt, und dadurch eine eigene selbständige Sache wird, ohne dadurch körperlich aus dem Besitz des juristischen Besitzers der Sache zu kommen, welcher diese jetzt selbständige Sache zuvor als Teil angehörte?

Weil sie hiedurch fähig wird, Gegenstand des juristischen Besitzes zu sein, und weil vorauszusetzen ist, daß in dem Willen des Besitzers der ganzen Sache, diese für sich zu haben und zu behalten, auch der Wille enthalten ist, jeden davon abgetrennten Teil für sich zu haben und zu behalten, so muß er nun juristischer Besitzer desselben werden, wenn er es auch bisher nicht war, und zwar ohne daß es dazu einer Apprehensionshandlung

bedarf. Wenn der Usucapionsbesitzer eines Baumes ihn in den von ihm juristisch besessenen, aber nicht in seinem Eigentum befindlichen Garten einpflanzt, so verliert er dadurch seinen juristischen Besitz; er erwirbt aber einen neuen juristischen Besitz desselben notwendig und von selbst, wenn er auch von einem Dritten wider seinen Willen gefällt wird, der ihn jedoch auf dem Boden liegen läßt; und der Titel dieses neuen Besitzes ist derjenige, vermöge dessen er den Garten besitzt.

Für die reine Besitzfrage ist es ganz gleichgültig, ob der abgetrennte Teil zu der ganzen Sache in einem sonstigen Angehörigkeitsverhältnisse stund, oder Frucht derselben ist; nur die Eigentumsfrage gewinnt in dem letzteren Falle eine andere Bedeutung. Es hängt aber bei den Früchten die Eigentumsfrage mit der Besitzfrage dann eng zusammen, wenn der Fruchterwerb durch Perzeption bedingt ist, weil Perzeption gleichbedeutend mit Besitzerwerb ist.

Die von selbst erfolgende Separation der Frucht einer res usufructuaria bringt sie zunächst in den juristischen Besitz des Proprietars, in dessen Namen der Usufruktuar die fruchttragende Sache besitzt, wenn die Frucht bei der Separation im körperlichen Besitz des Usufruktuars bleibt; dieser muß erst ihren juristischen Besitz für sich erwerben, damit sie in sein Eigentum übergeht; es fragt sich nur, ob er ihn solo animo erwerben kann, weil die Frucht schon in seinem körperlichen Besitz ist? Dies ist aber zu verneinen, weil der mittelbare juristische Besitz an den Besitzvermittler nicht durch bloße Willensänderung desselben verloren gehen kann. Der Usufruktuar *darf* die ohne sein Zuthun separierten Früchte, auch wenn er sie zunächst als Stellvertreter des Proprietars inne hat, in seinen Besitz nehmen; aber er *muß* dies *wirklich* thun, um juristischer Besitzer und Eigentümer derselben zu werden; wenn er sie bis zur Beendigung seines Rechts liegen läßt, bleiben sie im juristischen Besitz und Eigentum des Proprietars. Dies bestätigt auch L. 13 qu. mod. usufr. am. (7, 4):

> Si fructuarius messem fecit et decessit, stipulam, quae in messe jacet, heredis ejus esse Labeo ait, spicam, quae terra teneatur, domini fundi esse, fructumque percipi spica aut faeno caeso aut uva

adempta aut excussa olea, quamvis nondum tritum frumentum aut oleum factum vel vindemia coacta sit. sed ut verum est, quod de olea excussa scripsit, ita aliter observandum de ea olea, quae per se deciderit, Julianus ait.

Es genügt, daß die Separation vom Usufruktuar bewirkt ist; dann ist der Besitzerwerb für ihn hierin enthalten; er hat sich den juristischen Besitz animo et corpore erworben. Ist aber die Separation ohne sein Zuthun erfolgt, ist die Frucht von selbst abgefallen, so muß er sich ihren juristischen Besitz erst wirklich, durch eine besondere Apprehensionshandlung verschaffen.

Bei Tierjungen erfolgt die Separation immer von selbst; bei ihnen kann also der Erwerb des Besitzes durch den Usufruktuar nur insofern mit der Separation zusammenfallen, daß sie infolge einer Veranstaltung des Usufruktuars an einem Orte erfolgt, welcher in seinem Gewahrsam ist; die Jungen kommen dann in dem Augenblick, in welchem sie geworfen werden, seiner Absicht gemäß in seinen körperlichen Besitz. Da dies gewöhnlich der Fall sein wird, so könnte in Rücksicht hierauf mit einigem Grund gesagt werden, daß Tierjunge sogleich (statim) von dem Usufruktuar des Muttertiers erworben werden, ohne von ihm erst noch besonders in Besitz genommen werden zu müssen.

Gleichwohl halte ich es deshalb für unmöglich, daß das Wort »statim« in §. 37 J. de R. D. und in L. 28 de usur (22, 1) so zu verstehen sei, weil in beiden Stellen der Satz: agni et haedi et viduli et equuli statim sunt fructuarii, bezw. bonae fidei possessoris et fructuarii, daraus gefolgert wird, daß in pecudum fructu etiam fetus est, im Gegensatz dazu, daß der partus ancillae in fructu non est. Hiernach kann statim in Beziehung auf den Usufruktuar nicht bedeuten: „ohne Perzeption", weil für den Usufruktuar gerade daraus, daß etwas Frucht ist, jedenfalls im allgemeinen, folgt, daß er es perzipieren muß; sondern es muß bedeuten, daß zum Erwerb der Tierjungen als einer Art von Früchten nicht ein besonderer nachher hinzukommender Rechtsgrund des Erwerbs erforderlich ist, wie bei dem partus ancillae, den der bonae fidei possessor nur durch Usucapion, und der Usufruktuar nur durch Schen-

kung und Tradition des Proprietars (oder eine sonstige nachträgliche Übertragung des Eigentums durch den Proprietar) zu eigen erwerben können. Die Tierjungen gehören dem Usufruktuar, sobald er sie perzipiert hat, der partus ancillae erst dann, wenn der Proprietar dessen Eigentum aus einem besondern Grund auf ihn übertragen hat.

Absonderung von Teilen eines Ganzen ohne Aufhebung des körperlichen Zusammenhangs, und zugleich so, daß doch jeder dieser Teile von verschiedenen Personen zu gleicher Zeit körperlich besessen werden könne, ist nur bei Grundstücken, nicht auch bei beweglichen Sachen möglich. Nur dies will eine oft mißverstandene Stelle sagen, die L. 8 de R. V. (6, 1) nämlich, keineswegs, daß überhaupt der Besitz, auch der juristische, verschiedener körperlicher Teile einer beweglichen Sache immer nur in einer und derselben Hand sein könne, womit diese Stelle etwas sagen würde, das mit L. 30 §. 1 de usurp. in unlösbarem Widerspruch stünde.

L. 8 cit. lautet so:

> Pomponius l. XXXVI probat, si ex aequis partibus fundum mihi tecum communem tu et Lucius Titius possideatis, non ab utrisque quadrantes petere me debere, sed a Titio, qui non sit dominus, totum semissem. aliter atque si certis regionibus possideatis eum fundum: nam tunc sine dubio et a te et a Titio partes fundi petere me debere; quotiens enim certa loca possidebuntur, necessario in his aliquam partem meam esse; et ideo te quoque a Titio quadrantem petere debere. quae distinctio neque in re mobili, neque in hereditatis petitione locum habet: nunquam enim pro diviso possideri potest.

Es handelt sich hier durchaus um die Frage, wie sich der nicht besitzende Miteigentümer einer Sache, in deren Besitz sich der andere Miteigentümer zusammen mit einem Dritten befindet, der kein Eigentumsrecht an der Sache hat, hinsichtlich der Vindication derselben zu verhalten habe, und es wird diese Frage für ein Grundstück verschieden beantwortet, je nachdem die Mitbesitzer es mit einander ex aequis partibus oder certis re-

gionibus besitzen, am Schlusse aber bemerkt, bei beweglichen Sachen und Erbschaften könne dieser Unterschied nicht vorkommen.

Ex aequibus partibus ein Grundstück mit einander besitzen, bedeutet nun, es seinem ganzen körperlichen Umfange nach zu gleichen Teilen besitzen, d. h. so, daß mittelst des körperlichen Mitbesitzes der ganzen Sache jeder Mitbesitzer eigenes oder fremdes Eigentum derselben nur zu diesem quoten Teil ausübt. Wenn also der Miteigentümer des Vindicanten, der es mit diesem zur Hälfte ist, das Grundstück pro indiviso mit einem Nichteigentümer ebenfalls zur Hälfte besitzt, so verletzt er das Eigentumsrecht des Vindicanten gar nicht, sondern nur sein Mitbesitzer, und es ist also nur dieser mit einer partis vindicatio zu belangen, wobei eben die pars der totus semis ist, weil er zu der Hälfte das Eigentum ausübt, zu welcher es dem Vindicanten gehört. Dagegen bedeutet der Ausdruck: ein Grundstück certis regionibus mit einander besitzen, seinen Mitbesitz so haben, daß jeder der Mitbesitzer einen nicht losgerissenen, sondern nur besonders abgegrenzten körperlichen Teil des Grundstücks besitzt, an diesem besondern körperlichen Teil aber das Eigentum in seinem ganzen Umfang ausübt. Wenn also der Miteigentümer auch nur einen ganz kleinen Teil des Grundstücks so besitzt, verletzt er dadurch das Eigentumsrecht seines Miteigentümers, welchen er vom Besitz des Grundstücks mit seinem Mitbesitzer völlig ausschließt, ebenso zur Hälfte, wie sein Mitbesitzer, und die Vindication ist daher als partis vindicatio gegen jeden dieser beiden anzustellen, so daß, wenn sie dem Vindicanten nicht die beiden Teile des Grundstücks restituieren, damit er dann dieses als Ganzes zur Hälfte besitze, jeder ihm die Hälfte des Wertes desjenigen Grundstücksteils ersetzen muß, den er im Besitz hat. Es kann und muß hier gegen jeden von beiden besonders die rei vindicatio angestellt werden, weil jeder die restituendi facultas in Beziehung auf einen bestimmten körperlichen Teil des Grundstücks und nur in Beziehung auf diesen hat.

Dieser Unterschied zwischen Mitbesitz pro indiviso und pro diviso ist bei einer beweglichen Sache schlechthin unmöglich, weil eine bewegliche Sache nicht ohne Aufhebung des körperlichen Zusammenhangs ihrer Teile, durch bloße Abgrenzung

derselben so geteilt werden kann, daß die dadurch unterschiedenen Teile von verschiedenen Personen gleichzeitig besessen werden könnten. Selbst ein Goldbarren könnte nicht in dieser Art von Mehreren gleichzeitig körperlich besessen werden. Ließe sich der Ausdruck: »possessio partis pro diviso« auch auf den Besitz eines mittelst Aufhebung des körperlichen Zusammenhangs abgetrennten Teils beziehen, so wäre die Behauptung falsch, daß bei beweglichen Sachen eine possessio pro diviso unmöglich sei, und sie wäre selbst dann falsch, wenn man dabei unter pars einen aliquoten Teil verstünde. Denn ein im Miteigentum von zwei Personen befindlicher Goldbarren könnte wohl in zwei gleiche Teile zerlegt werden, und wenn dann der eine Miteigentümer die eine Hälfte, ein Dritter die andere Hälfte besäße, so würde der andere Miteigentümer auch die partis vindicatio sowohl gegen seinen Miteigentümer, als den Dritten anzustellen haben. Ebenso wäre dies der Fall, wenn der Miteigentümer eines Rings den Goldreif, ein Dritter den Edelstein besäße, und diese beiden also in solcher Weise den Ring pro diviso besäßen.

§. 24.

Erwerb und Verlust des Rechtsbesitzes.

Insofern auch die quasi possessio ein Gut ist, und durch die ihr beigelegten Rechtswirkungen auch die Eigenschaft eines rechtlichen Gutes angenommen hat, läßt sich bei ihr ebenso, wie bei der vera possessio von einem Erwerb und Verlust reden, obwohl sie an sich nur die continuierlich fortgesetzte Ausübung eines jus in re ist, und als solche nur anfangen und endigen, nicht eigentlich erworben und verloren gehen kann. Jedenfalls aber lassen sich wegen ihrer wesentlichen Verschiedenheit von der vera possessio die Sätze, daß der Besitz nur animo et corpore erworben, und daß er nur dadurch verloren gehen kann, daß der eine oder der andere dieser Bestandteile des Erwerbsvorgangs in sein gerades Gegenteil verkehrt wird, nur mit großer Vorsicht auf die quasi possessio anwenden, wenigstens was das corpore adquirere und amittere possessionem anlangt.

Was bei der quasi possessio dem corpore adquirere entspricht, kann nicht den Charakter einer körperlichen Bewältigung des Besitzgegenstandes haben, außer allenfalls dann, wenn es sich um den Besitz eines Rechts handelt, dessen Ausübung Innehaben der fremden Sache erforderlich macht. Bei negativen Servituten kann das, was dem corpore adquirere entsprechen soll, nur das Verbleiben des Zustandes der dienenden Sache sein, dessen Veränderung vermöge der Servitut soll verwehrt werden können, als Folge des zu erkennen gegebenen Willens, daß er unverändert bleibe, wie dieser durch den Abschluß eines Vertrags mit dem Besitzer der dienenden Sache oder durch die Erklärung der Annahme eines Bestellungsvermächtnisses sich zu erkennen geben kann. Bei affirmativen Realservituten, deren Inhalt die Berechtigung zu sich wiederholenden Handlungen ist, kann das, was sich corpore adquirere possessionem nennen läßt, nur darin bestehen, daß die bezügliche Handlung einmal wirklich vorgenommen wird, um dadurch die Servitut, wie eine dem Handelnden zustehende auszuüben.

Wenn zuweilen von der Tradition des Besitzes einer Servitut die Rede ist (so in L. 20 de servit.), oder auch von Tradition der Servitut selbst (L. 1 §. 2 de serv. pr. rust. L. 11 §. 2 de Publ.) — wobei aber dann doch auch nur Verschaffung ihres Besitzes gemeint sein kann —, so hängt dieser Ausdruck damit zusammen, daß die Bestellung einer Servitut eine Art von Veräußerung ist, und daß bei Veräußerungen von Sachen der präsente Veräußerungswille naturgemäß zur vollen Verwirklichung durch Tradition gelangt.

Es tritt dies besonders hervor in der L. 20 cit. (Javolenus l. V. ex posterioribus Labeonis):

> Quotiens via aut aliquid jus fundi emeretur, cavendum putat esse Labeo per te non fieri quominus eo jure uti possis, quia nulla ejusmodi juris vacua traditio esset. ego puto usum ejus juris pro traditione possessionis accipiendum esse, ideoque et interdicta veluti possessoria constituta sunt.

Wer ein Grundstück mittelst eines Kaufkontrakts kauft, erhält dadurch das Recht, von dem Verkäufer die vacuae pos-

sessionis traditio zur vollkommenen Verwirklichung des präsenten Veräußerungswillens zu fordern. Wie ist es nun, fragt Labeo, wenn jemand eine Servitut kauft? Eine vacua traditio gibt es hier nicht, sagt er; die Forderung des Käufers muß sich hier darauf richten, daß der Verkäufer dem präsenten Veräußerungswillen durch Eingehung einer Stipulation Ausdruck gibt, wodurch von jetzt an die Ausübung der Servitut gesichert wird. Javolens berichtigende Bemerkung bezieht sich offenbar zunächst auf die Behauptung Labeos, daß es bei Servituten keine vacua traditio gebe; es muß, sagt er, hier die Zulassung der Rechtsausübung als traditio possessionis gelten; darin schon liegt dasselbe, was bei dem Grundstückkauf vonseiten des Verkäufers durch vacuae possessionis traditio zum Vollzug des Kaufkontrakts geschieht.

Unter traditio ususfructus wird meist die Handlung zu verstehen sein, wodurch der mit einem Nießbrauchs-Vermächtnis Belastete seine Verbindlichkeit ex testamento erfüllt, indem er dem Vermächtnisnehmer die res usufructuaria zur Ausübung des Nießbrauchs übergibt. Sie kann aber auch Erfüllung testamentarisch auferlegter Verpflichtung zur Bestellung eines Nießbrauchs sein, wo diese nicht durch ein solennes Rechtsgeschäft erfolgen kann oder soll, wie L. 3 pr. de usufr. sagt:

> Omnium praediorum (d. h. auch von Provinzialgrundstücken) jure legati potest constitui ususfructus, ut heres jubeatur dare alicui usumfructum. Dare autem intelligitur, si induxerit in fundum legatarium, eumve patiatur uti frui.

Der Belastete gibt den Nießbrauch durch Einführung des Vermächtnisnehmers in das Grundstück oder auch schon durch Gestattung des uti frui, welches nicht notwendig Innehaben des Grundstücks verlangt, wenn nur immer freier Zutritt zu demselben behufs seiner Bebauung und der Einheimsung der Früchte gewährt wird. Das Recht wird dann als prätorisch geschütztes mittelst Erwerbs der Quasipossessio erworben.

Wenn die Stelle fortfährt:

> Et sine testamento autem si quis velit usumfructum constituere, pactionibus et stipulationibus id efficere potest,

so ist hier, wie überall, wo von Bestellung der Servituten per pacta et stipulationes die Rede ist, unter den Stipulationen das cavere, per te non fieri, quominus eo jure uti possit zu verstehen, worin Labeo nach L. 20 cit. den Ersatz für die Tradition fand. Durch solche Sicherung der Ausübung wird der Quasibesitz der Servitut tradiert, und mittelst seiner Tradition das Recht gegeben.

Zum corpore amittere ist beim Quasibesitz keineswegs erforderlich, daß die Rechtsausübung bleibend durch ein äußeres Hindernis unmöglich werde. Es genügt dazu eine solche freiwillige oder auch unfreiwillige Unterlassung der Ausübung, vermöge welcher die Ausübung als eine continuierliche aufhört, so daß auch ihre Wiederaufnahme bei ungehindert gebliebener thatsächlicher Möglichkeit derselben nur als Erwerb einer neuen quasipossessio betrachtet werden könnte. Es folgt dies daraus, daß die quasipossessio nicht bloße Möglichkeit, sondern wirkliche, continuierlich fortgesetzte Rechtsausübung ist.

Die Frage, wie es mit dem Besitz einer durch non usus untergegangenen Servitut sich verhalte, ist daher eine völlig gegenstandslose Frage. Durch einen non usus, wie er die Servitut aufhebt, ist immer auch schon der Besitz derselben aufgehoben.

Dagegen kann nie eine freiwillige oder unfreiwillige Unterlassung der Ausübung eines jus in re, welches Gegenstand einer quasipossessio ist, deren Fortdauer schaden, wenn sie als eine so vorübergehende Unterbrechung der Ausübungsfortsetzung erscheint, daß sie auch den Verlust des Rechts nicht zu bewirken vermag.

Indem bei Rechten, deren Ausübung mit der Detention des Objekts verbunden ist, der Quasibesitz stets mit dem Erwerb des natürlichen Besitzes erworben wird, und mit seinem Verlust verloren geht, fällt es in die Augen, daß bei ihnen immer es ebensowohl möglich gewesen wäre, statt einer juris possessio eine solche corporis possessio anzunehmen, wie sie der Faustpfandgläubiger und Prekarist nach römischem Recht hat. Die Detention ist bei solchen Rechten immer zum Teil possessio suo nomine, der Besitzwille ein teilweise selbständiger Besitzwille.

Deshalb steht auch beim Miet- und Pachtverhältnis für die Gesetzgebung, wenn sie der Neigung der modernen Rechtsanschauung folgen will, diesen Rechtsverhältnissen nicht mehr durchweg den streng obligatorischen Charakter beizulegen, welchen sie nach römischem Recht haben, der doppelte Weg offen, für sie einen s. g. abgeleiteten juristischen Besitz oder einen Rechtsbesitz gelten zu lassen.

§. 25.

Die possessorischen Interdikte.

Wo immer der Prätor nach dem Ausdruck von Gajus (IV §. 139) durch Erlassung eines Interdikts principaliter auctoritatem suam finiendis controversiis interponit, kann dies als ein Versuch bezeichnet werden, dem bestimmten Streit mittelst seines Interdikts sofort, ohne ein weiteres gerichtliches Verfahren und ohne eine richterliche Entscheidung ein Ende zu machen, indem der, gegen welchen er das Interdikt erteilt, sich dadurch bestimmen lassen kann, in Gemäßheit desselben sich so zu verhalten, daß jeder Anlaß zur Fortführung des Streits wegfällt.

Dies gilt auch von den possessorischen, d. h. allen den Interdikten, welche bei Streitigkeiten erlassen werden, die sich auf die vera possessio oder quasipossessio beziehen, mit Inbegriff der interdicta adipiscendae possessionis, welche mit den interdicta retinendae und recuperandae possessionis dieses gemein haben, daß sie einen Streit voraussetzen, welcher nur den Besitz, nicht auch das darin wirklich oder angeblich zur Erscheinung kommende Recht betrifft, vielmehr die Frage nach diesem noch offen lassen will. Mag sich hierbei der Streit um einen Anspruch auf Erlangung, Wiedererlangung oder Behauptung (Unangefochtenbleiben) des Besitzes drehen, und mag das Interdikt die Form eines Restitutionsgebots oder eines Verbots der Widersetzung haben, immer kann gehofft werden, daß damit dem auf den bloßen Besitz sich beziehenden Streit ohne weiteres ein Ziel gesetzt werde, indem der, an welchen das Gebot oder Verbot sich richtet, demselben sich gutwillig fügt, und dadurch den, welcher das Interdikt erwirkt hat, zufriedenstellt. Freilich scheint auf den ersten Blick dies von den interdicta retinendae

possessionis nicht gesagt werden zu können, weil sie sich gegen beide streitende Teile zugleich hypothetisch richten, und also jedenfalls erst eine richterliche Entscheidung darüber nötig erscheint, wem das Verbot wirklich gelte. Aber wenn man genauer zusieht, so tritt doch auch hier die Möglichkeit entgegen, daß jeder von beiden Teilen durch das Interdikt veranlaßt wird, selbst genauer zu prüfen, ob er wohl thue, sich der Gefahr auszusetzen, die bei Fortführung des Streits zu versprechende Strafe zahlen zu müssen, und der eine von ihnen infolge davon sich gegen den andern bereit erklärt, dem Verbot, als eigentlich ihm allein geltend, Gehorsam zu leisten, womit dann der Streit ebenso beigelegt ist, als wäre er durch richterliches Urteil entschieden. Es kann dies durch Unterlassung des vim facere (Gajus a. a. O., §. 170) in dem dafür anberaumten Termin geschehen, was als secundarium interdictum die Wiederholung des Verbots als simplex interdictum gegen ihn allein zur Folge haben muß, zunächst mit der Wirkung, daß dadurch nun feststeht, es sei an ihm, sein Recht an der Sache als Kläger geltend zu machen. Der andere Teil ist jetzt jedenfalls dadurch gesichert, daß es ihm indirekt, aber in einem gewissen Sinne doch ausdrücklich freigestellt ist (durch Zurücknahme des vim fieri veto gegen ihn), sich so gut er kann, durch eigene Macht jeder Besitzstörung zu erwehren. Es ist möglich, daß das secundarium interdictum noch andere uns unbekannte Wirkungen hatte. Sehr einfach gestaltet sich die Sicherung desjenigen, gegen welchen beim interdictum utrubi der andere Teil vim non facit: er ist jetzt ermächtigt, die Sache an sich zu nehmen; das secundarium interdictum ist hier das Verbot des vim facere, quominus adversarius rem ducat. Die besondere Fassung des interdictum utrubi: vim fieri veto, quominus hominem ducat (statt quominus possideat, ut possidet) ist offenbar daraus zu erklären, daß bei beweglichen Sachen und namentlich Sklaven eine Besitzstörung kaum in anderer Form vorkommen kann, als in der des Versuchs, die Sache an und mit sich wegzunehmen.

Es ist wohl heutzutage kaum mehr nötig, die Zweifel daran zu widerlegen, ob wirklich, wie Gajus und Ulpian übereinstimmend sagen, der ursprüngliche Zweck, wenigstens der ursprüngliche Hauptzweck der interdicta retinendae possessionis die

Regelung der Parteirollen für den Vindikationsprozeß gewesen sei. Ich will nur das eine hervorheben, daß mir Savignys Einwand (S. 399), es habe ja das vim fieri veto mit dem Fall einer zu der controversia de proprietate sich gesellenden controversia de possessione nichts zu schaffen, deshalb alles Gewichtes zu entbehren scheint, weil gewiß die controversia de possessione zwischen zwei Eigentumsprätendenten meist die Gestalt gegenseitiger Versuche annimmt, sich durch Eigenmacht einen unzweifelhaften Besitzstand zu verschaffen.

Einen unmittelbaren Beweis dafür, daß die interdicta retinendae possessionis nicht zu dem Zweck eingeführt wurden, um ein in dem juristischen Besitz an sich enthaltenes relativ besseres Recht zu schützen, wie die Publiciana actio eingeführt wurde, um ein solches im Usucapionsbesitz enthaltenes Recht zu schützen, erblicke ich in der Fassung des interdictum utrubi, wornach es verbietet, sich zu widersetzen, wenn derjenige die Sache an sich nehme, welcher sie einen größeren Teil des letzten Jahres hindurch besessen habe, als sein Gegner. Denn dieses Verbot kann ja ebensogut denjenigen treffen, der gegenwärtig den juristischen Besitz der Sache hat, als denjenigen, welcher ihn gegenwärtig nicht hat, und wenn es jenen trifft, dann würde das Interdikt nicht zum Schutz des im juristischen Besitz enthaltenen Rechts dienen, falls ein solches darin enthalten wäre, sondern es würde ihm zum Nachteil gereichen. Die Fassung des interdictum utrubi ist nur dann erklärlich, wenn es der ursprüngliche Zweck eines interdictum retinendae possessionis ist, festzustellen, wie Gajus (IV, §. 148) sagt, uter ex litigatoribus possidere et uter petere debeat. Der Anspruch auf die Beklagtenrolle im Vindicationsprozeß kann wohl von der größeren Dauerhaftigkeit des Besitzes einer beweglichen Sache abhängig gemacht werden, aber nicht der Anspruch auf Schutz im Besitz, wenn der Besitz selbst ein Recht ist; mit dem Begriff eines Rechtes ist es schlechthin unvereinbar, daß sein Wert nach der Größe seiner Zeitdauer geschätzt werde.

Zur Erklärung des Gewichts, welches nach der Fassung des interdictum utrubi darauf gelegt wird, wer im vorigen Jahr länger besessen hat, muß sofort herbeigezogen werden, daß jeder sich die Besitzzeit seiner Auktoren zurechnen darf, woraus

folgt, daß niemals superior in hoc interdicto sein kann, wer auctor des gegenwärtigen Besitzers ist. Ein ehemaliger Besitzer kann also nur dann superior in hoc interdicto sein, wenn er seinen Besitz wider seinen Willen verloren hat. Und demnach läßt sich der Grundgedanke jener Fassung auch so ausdrücken: die Beklagtenrolle im Vindicationsprozeß soll dem zufallen, welcher gegenwärtig besitzt, oder welcher den Besitz durch Zufall oder auf widerrechtliche Art verloren hat, es müßte denn trotzdem der gegenwärtige Besitzer im vorigen Jahr mit Zurechnung der Besitzzeit seiner Auktoren länger besessen haben als jener.

Genau besehen steckt in der Bedingtheit des interdictum utrubi durch die längere Dauer des Besitzes im vorigen Jahr ebenso eine exceptio, wie in der Bedingtheit der beiden interdicta retinendae possessionis durch die relative Fehlerlosigkeit des Besitzes; nur ist es nicht eine exceptio vitiosae possessionis. Denn sie müßte eigentlich so gefaßt werden: „ich verbiete Widersetzung dawider, daß der gegenwärtige Besitzer die Sache an sich nehme, außer wenn er selbst mit Zurechnung der Besitzzeit seiner Auktoren nicht so lang in diesem Jahre besessen hat, als sein Gegner", was doch nicht eine eigentliche Fehlerhaftigkeit seines Besitzes genannt werden kann. Man kann diese Exceptio nur als Einrede des auf nicht gewolltem Verlust des gegnerischen Besitzes beruhenden Besitzes bezeichnen.

Die Möglichkeit recuperatorischer Wirkung des interdictum utrubi ist unbestreitbar. Nicht so die Möglichkeit recuperatorischer Wirkung des interdictum uti possidetis. Jedenfalls ist die Begründung derselben darauf, daß Gegenwärtigkeit des an den Gegner vi, clam oder precario verloren gegangenen Besitzes zu fingieren sei, sehr mißlich. Aber die Annahme der Möglichkeit recuperatorischer Wirkung des interdictum uti possidetis bedarf dieser Begründung nicht. Sie läßt sich darauf stützen, daß ein secundarium interdictum Restitution des Besitzes gebieten kann. Wer vi, clam oder precario ab adversario possidet, wird, wenn er auch sonst cetera ex interdicta facit, sich doch wohl dazu genötigt finden, daß er sponsionum judicia non accipit, und dann, wenn er den Besitz ersteigert hatte, durch ein secundarium interdictum zur Restitution des Besitzes angehalten werden.

Die secundaria interdicta sind es aber auch, welche die interdicta retinendae possessionis, selbst wenn sie nicht zum Schutz des juristischen Besitzes eingeführt waren, zu wirklichen Schutzmitteln des Besitzes gegen Störung machen mußten.

Die hypothetische Fassung der interdicta retinendae possessionis gegen beide Teile setzt freilich eine controversia de possessione im Sinne eines Streites um den Besitz voraus. Einen solchen kann aber der Prätor immer vorläufig annehmen, wo er um das Interdikt wegen einer schon erfolgten oder zu befürchtenden Besitzstörung angegangen wird, d. h. er kann wenigstens vorläufig annehmen, daß dieser angeblichen Besitzstörung die Behauptung zu Grunde liege, selbst Besitzer, bezw. Eigentümer oder doch servitutberechtigt zu sein. Ist der Gegner des Intercedenten zu dieser Behauptung nicht geneigt, und steht ihm auch nicht eine quasipossessorische Einrede zu Gebote, so wird er es irgendwie daran fehlen lassen, die cetera ex interdicto vorzunehmen; es wird ihn aber deshalb ein secundarium interdictum treffen, und insofern der Intercedent Schutz gegen Besitzstörung erlangt haben. So mußte stets ein interdictum retinendae possessionis mit Erfolg begehrt werden können, auch wo es dem Intercedenten gar nicht auf Erlangung der Beklagtenrolle in einem beabsichtigten petitorium, sondern nur auf Schutz gegen Besitzstörung, bezw. drohende Besitzentziehung ankam.

Schließlich mußte demnach allerdings als causa interdicti retinendae possessionis der Anspruch auf Schutz im juristischen Besitz gegen Störung angesehen werden, und folglich ist im neuesten römischen Recht das interdictum uti possidetis, bezw. utrubi als »actio ex causa interdicti« nichts anderes, als eine Klage auf Schutz gegen Störung im juristischen Besitz, welche nicht zu einem duplex judicium im ursprünglichen Sinne führen, sondern welcher nur möglicherweise eine Widerklage wegen Besitzstörung entgegengestellt werden kann, und welche auch nie eines recuperatorischen Erfolges fähig ist.

Nehmen wir nun an, daß in der oben S. 45 fg. vorgestellten Art zu gleicher Zeit A justus possessor und C injustus possessor desselben Grundstücks sei, so würde C der Besitzklage ex causa interdicti uti possidetis, welche A gegen ihn anstellte, eine Widerklage auf Schutz im Besitz entgegenstellen

können, und wie es scheint, mit dem Erfolg, daß der Richter sowohl die Klage als die Widerklage für begründet zu erkennen, also A dem C und C dem A zu verurteilen hätte, wo denn aber beide Verurteilungen einander aufheben würden. M. E. hätte aber dann vielmehr der Richter seine Entscheidung des Prozesses aus L. 128 de R. J. (50, 17) zu entnehmen: in pari causa possessor potior haberi debet, und unter dem possessor den thatsächlichen Besitzer zu verstehen. Thatsächlicher Besitzer des Grundstücks wäre aber C, nicht A. Und mithin wäre die Klage des A gegen C abzuweisen und A auf die Widerklage des C dahin zu verurteilen, daß er sich jeder Störung des C im Besitz des Grundstücks bei Strafe enthalte.

Im Übrigen glaube ich nach dem in der Einleitung angegebenen Zweck dieser Abhandlung hinsichtlich der possessorischen Interdikte hier lediglich auf die Ausführungen Anderer hierüber, insbesondere die von Bruns (Besitzklagen), Meischeider (Besitz und Besitzschutz im Anhang) und Brinz (Pandekten, 2. Aufl. §§. 180 ff.) verweisen zu können.

Verbeſſerungen.

S. 6 Z. 11 v. o. l. eines ſt. einer.
„ 23 „ 3 v. o. l. Quiritium ſt. Quititium.
„ 25 „ 2 v. u. l. Erſitzung ſt. Erſetzung.
„ 40 „ 3 v. u. l. der Rechte das ſt. das Recht des.
„ 54 „ 16 v. o. l. präſumiert ſt. präſummiert.
„ 54 „ 8 v. u. l. bellissime ſt. bellisime.
„ 54 „ 7 v. u. l. conduxerit ſt. conducerit u. rogavit ſt. ragavit.
„ 60 „ 12 v. u. l. das ſt. des.
„ 62 „ 10 v. o. l. Interdikte ſt. Inderdikte.
„ 70 „ 5 v. o. l. causae ſt. causa.
„ 75 „ 4 v. u. l. irgendeinmal ſt. irgendmal.
„ 82 „ 4 v. u. l. comisisse ſt. comississe.
„ 113 „ 2 v. o. l. übergehen ſt. vorübergehen.
„ 115 „ 19 v. u. l. civili ſt. civile.
„ 117 „ 5 v. o. iſt „ihr“ zu ſtreichen.
„ 124 „ 10 v. u. l. poterit ſt. potierit.

HARVARD LAW LIBRARY

Gift of

John Chipman Gray

RECEIVED APR 6 1933